

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TÍTULO:

**“VULNERACIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES DE
INFORMACIÓN, FE PÚBLICA Y SEGURIDAD
JURÍDICA Y EL CAMBIO DE SEXO EN EL
DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD, 2018”**

**TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

PRESENTADO POR:

Alberto Guillermo Curo Navarro

ASESOR:

Elvira del Carmen Reynoso Carpio

TACNA – PERÚ

JUNIO, 2021

Agradezco a mi madre Elva y mi hermano Carlo, por ser parte mi familia y haberme ayudado a formarme como persona además de ser la estabilidad de mi corazón y mente.

De igual forma agradezco a todos los docentes que me enseñaron durante los años de estudio, cada conocimiento y experiencia que compartieron en aula son parte de mi desarrollo profesional.

*“Recuerda esta noche porque
marca el principio de la
eternidad”.*

Dante Alleghieri

RESUMEN

Es inevitable observar que en la época actual estamos en un periodo de constante cambio y autodescubrimiento, uno de los cambios que más llaman la atención es el de las personas transexuales que solicitan un cambio de sexo.

Tema tan discutido en cuanto a la titulación de sus derechos, sin embargo ¿se han analizado las posibles repercusiones de realizar un cambio de sexo?, recordar que el derecho al igual que cualquier otro saber humanos no es enteramente positivo sino también tiene su contraparte negativa.

En el caso en concreto se puede observar cuando existe un aprovechamiento del cambio de sexo para lograr jubilarse antes, ingresar al establecimiento penitenciario deseado o en otros casos sin ir al extremo cuando aun habiéndose obtenido el cambio de sexo, luego deciden retractarse, ante dichos escenarios, es posible comparar el cambio de sexo como un cambio de nombre como lo ha señalado jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Si existen riesgos en cuanto a la modificación continua del Documento Nacional de Identidad, ¿es posible inferior que la propia integridad del referido documento peligra?, al permitirse sucesivas modificaciones sin mayor análisis de riesgos que la mera aceptación de pericias.

La presente investigación está destinada únicamente a realizar una aproximación al problema generado por el cambio de sexo y como uno de los elementos afectos es el Documento Nacional de Identidad, al verse afectada la fe pública otorgada por el Estado inherente a su contenido.

Palabras Claves:

Género – Sexo – Seguridad Jurídica – Fe Pública – Derecho – Deber.

ABSTRACT

It is inevitable to observe that in the current age we are in a period of constant change and self-discovery, one of the changes that attracts the most attention is that of transsexual people requesting a sex change.

A topic that is so controversial in terms of the titling of their rights, however, have the possible repercussions of making a sex change been analyzed? Remember that the human rights, like any other human knowledge, is not entirely positive but also has its negative counterpart.

In the specific case, it can be observed when there is an advantage of the change of sex to be able to retire earlier, enter the desired penitentiary establishment or in other cases without going to the extreme when, even having obtained the change of sex, then they decide to retract, in the face of said scenarios. , it is possible to compare the change of sex as a change of name as it has been indicated by the jurisprudence of our Constitutional Court. If there are risks regarding the continuous modification of the National Identity Document, is it possible less that the integrity of the referred document itself is in danger? By allowing successive modifications without greater risk analysis than the mere acceptance of expertise.

This research is intended only to make an approach to the problem generated by the change of sex and as one of the affected elements is the National Identity Document, since the public faith granted by the State inherent in its content is affected.

Keywords:

Gender - Sex - Legal Security - Public Faith - Right - Duty.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realizó con el fin de demostrar que el cambio de sexo, no es una decisión ligera sin riesgo alguno, sino que por el contrario existen riesgos potenciales, que el legislador, juzgador y todo operador del derecho debe anticipar en razón del carácter preventivo del derecho. Asimismo, que uno de los perjudicados directos de dicha situación es el Documento Nacional de identidad, al no poder reflejar fielmente la realidad en su contenido.

Por tanto, aun ante la inexistencia de una norma especializada sobre el cambio de sexo o género, es necesario que los jueces determinen en sus resoluciones de cambio de sexo cuales son los requisitos que deben de exigir para realizar un cambio de sexo, si por el contrario no sería más práctico realizar un cambio de género, ya que la propia Organización Mundial de la Salud, así como expertos en la materia consideran que lo modificable a voluntad de la persona es el género, ya que eso es lo que se logra exteriorizar y apreciar por los sentidos humanos, además ser necesarios argumentos que eviten que una persona pueda oscilar constantemente entre dos identidades tanto femenina como masculina.

Con lo anterior es necesario señalar que el presente trabajo no tiene como objetivo absolver todas esas dudas, sino que por el contrario se busca detallar las características del problema, para que posteriormente se pueda realizar un mejor estudio sobre el caso y obtener verdaderas soluciones, considerando nuestra realidad nacional y la legislación comparada. Con lo cual el presente trabajo de investigación se compone en cinco capítulos los cuales versan sobre lo siguiente:

Capítulo I denominado “Planteamiento del estudio” se abordarán dos aspectos que nos pondrán a contexto: la descripción del problema, en el cual plantearemos el problema, sustentaremos y expondremos la justificación e importancia de la investigación, para establecer así la pregunta general, con la cual delimitaremos nuestra investigación, y los

Objetivos propuestos, los cuales conducirán la presente investigación a fin de orientarla a la resolución de la pregunta general.

Capítulo II denominado “Marco Teórico” en los cuales se expondrán diversos conceptos que ayudarán a orientar al lector a las nociones básicos sobre la diferencia entre sexo y género, como se legisla el cambio de sexo en el derecho comparado, la relación entre los derechos y deberes, la carga argumentativa que debe estar presente en las sentencias concluyendo con los derechos sociales implícitos contenidos en el DNI.

Capítulo III denominado “Marco Operativo” se refiere la Formulación de Hipótesis, en base a lo señalado en la pregunta significativa general y las específicas, planteadas en la exposición de “problema”, y se indica las Variables de Estudio, correspondientes a cada hipótesis formulada; así como, se describe la metodología adoptada en la investigación, exponiendo nuestro diseño de la investigación, la determinación metodológica, la población y muestra de estudio correspondiente al tipo de investigación tratada, y por último nos referiremos a las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Capítulo IV denominado “Comprobación de las hipótesis”, presentaremos los resultados arribados, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Por último, se tiene el Capítulo V denominado “Conclusiones”, en el cual exponaremos las “conclusiones” en sentido lato, o específicamente consideraciones finales a las cuales se arribó a través de la realización de la presente investigación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I:	11
1.PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	11
1.1.PROBLEMA	12
1.2. OBJETIVOS	20
CAPITULO II:	22
2.MARCO TEORICO	22
SUBCAPITULO 1 : NOCIONES GENERALES	23
2.1. ANTECEDENTES	23
2.1.1. PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO DE GENERO (CAMBIO DE GENERO).....	23
2.1.2. IDENTIDAD DE LA PERSONA:	29
2.1.3.BASES TEORICAS	33
2.2. ASPECTOS GENERALES:.....	40
2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO	43
2.4. ¿QUÉ ES EL GENERO?	46
2.5. SEXO:.....	48
2.5. IDENTIDAD:.....	49
2.6. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LAS PERSONAS TRANS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO.....	50
SUBCAPITULO 2: LEGISLACIÓN COMPARADA.....	66
2.7. LEGISLACIÓN SOBRE EL CAMBIO DE SEXO:	66
2.7.1. ARGENTINA:	66
2.7.2. ECUADOR:	68
2.7.3. BOLIVIA:.....	69
2.7.4. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA:	74
2.7.5. ALEMANIA	80
2.8. INDONESIA - PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.....	86
SUBCAPITULO 3: DERECHO - DEBER	92
2.9. DETERMINANTES DEL CAMBIO DE GÉNERO:.....	92
2.10. PROCESO JUSTO:	95
2.11. DEBERES:.....	99
2.12. RELACION DEL CAMBIO DE GÉNERO CON LOS DEBERES.....	105

2.13.	LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS:.....	107
2.14.	LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA:	110
2.15.	DERECHOS DE GÉNERO – LGTBIQ.....	115
2.16.	EL DERECHO DE GÉNERO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	122
2.17.	AFECTACIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES (SEGURIDAD JURÍDICA – ABUSO DEL DERECHO)	133
SUBCAPITULO 4: MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS		140
2.18.	LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CAMBIO DE SEXO: 140	
2.19.	NIVELES DE MOTIVACIÓN:	141
2.20.	DEFECTOS DE LA MOTIVACIÓN SEGÚN IGUARTUA SALAVERRÍA	144
2.21.	¿SOLO EXISTE LA MOTIVACIÓN JURÍDICA?	149
2.22.	IUXTA ALLIGATA ET PROBATA:.....	150
2.23.	IURA NOVIT CURIA.....	150
2.24.	MOTIVACIÓN DEL CAMBIO DE SEXO:	150
2.25.	A MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CAMBIO DE SEXO: 152	
2.26.	ARGUMENTACIÓN:	154
2.27.	ARGUMENTACIÓN EN EL CASO DE LAS PERSONAS TRANS: 155	
SUBCAPITULO 5: LOS DERECHOS SOCIALES		160
2.28.	SEGURIDAD JURIDICA:	160
2.29.	SEGURIDAD JURIDICA SUSTANTIVA:.....	164
2.30.	LA SEGURIDAD JURÍDICA DINÁMICA	165
2.31.	DERECHO A LA INFORMACIÓN:.....	169
2.32.	FE PÚBLICA:.....	175
SUBCAPITULO 6: VISIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA DEL CAMBIO DE SEXO EN PERÚ:		179
2.33.	JURISPRUDENCIA RELEVANTE AL CAMBIO DE SEXO:.....	179
2.34.	PERSPECTIVA LEGISLATIVA.....	185
2.35.	PROYECTO DE LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO	192
CAPITULO III: MARCO OPERATIVO		198
3.1.	HIPOTESIS Y VARIABLES:	199
3.1.1.	GENERAL.....	199
3.1.2.	ESPECIFICA 1	199
3.1.3.	ESPECIFICA 2	199

3.2. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	200
3.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN:	200
3.3.1. POR SU FINALIDAD:	200
3.3.2. POR EL ORIGEN DE SUS FUENTES:	200
3.3.3. POR EL AMBITO:.....	201
3.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:	202
3.5. POBLACIÓN:	202
3.6. MUESTRA:	203
3.7. TECNICAS:	203
3.8. INSTRUMENTOS	203
3.9. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS:	203
CAPITULO IV	205
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS.....	205
4. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	206
4.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	206
4.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS	206
4.3. SUSTENCIÓN DE LAS HIPOTESIS.....	207
4.4. HIPÓTESIS ESPECIFICAS	207
4.4.1. HIPÓTESIS 01:	207
4.4.2. HIPÓTESIS 02:	209
4.5. HIPÓTESIS GENERAL:	210
CAPÍTULO V	213
MARCO CONCLUSIVO	213
SUGERENCIAS	216
PROPUESTA LEGISLATIVA	217
BIBLIOGRAFIA.....	227

CAPITULO I:
1.PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA:

En nuestra realidad jurídica y contemporánea del Estado peruano, se observa que una de las clasificaciones generales es en el acápite del sexo, haciendo una única diferencia entre dos sexos hombres y mujeres, el cual es determinado en el nacimiento de una persona, sea por el médico encargado o quien realice el registro, dato que se plasma en la partida de nacimiento, cuyos datos [entre ellos el sexo] se plasman en el Documento Nacional de Identidad (DNI), teniendo dichos datos la característica de ser verdaderos y ciertos, ya que el Estado es quien da fe de los mismos, no existiendo duda alguna sobre la veracidad de dichos datos.

Siendo el documento por excelencia con el cual toda persona natural puede identificarse ante el Estado es el propio documento nacional de identidad (DNI), con ello es claro observar la vital importancia del DNI debido a que con su uso, las personas son capaces de identificarse ante el Estado y el resto de la sociedad y suscribir los actos pertinentes que considere necesario, donde si bien los datos que contiene son meramente de carácter declarativo, es decir uno mismo o terceros (padre, madre o quien realice la primera inscripción) decide cuales son los datos que se van a incorporar en dicho documento, empero la utilidad del referido documento no es solamente la de constatar los datos que uno señale, sino que deben de ser acorde a la realidad, es decir, hay datos del propio DNI que son susceptibles de modificación y otros que no, debido a que deben de ser un fiel reflejo de la realidad, es en este apartado donde se están presentando mayores problemas, en el apartado del sexo, donde a consecuencia de la nueva tendencia proteccionista propia de los Derechos Humanos,

Derechos Fundamentales, Neo constitucionalismo es decir ante un Sistema Garantista, es que se propugna garantizar toda situación que le cause cierto nivel de “daño” a una persona, sin embargo también existe daños a terceros, siendo los dañados el resto de la sociedad.

Sin embargo, es necesario reconocer que en la actualidad el dato del “sexo” no perdura durante toda la existencia de la persona, sino que es susceptible de ser modificado mediante un proceso judicial, adquiriéndose el sexo opuesto con el cual se ha registrado en su nacimiento; donde ni nuestra legislación ni operadores jurídicos vaticinaron la remota posibilidad del cambio de sexo, motivo por el cual no existe mayor profundización sobre el tema o si existe alguna afectación directa o indirecta con el cambio de sexo. Siendo necesario reconocer que efectivamente existe una afectación directa la sociedad y ello se produce en los documentos que emanan del Estado donde se acredita la veracidad de los datos que contiene dicho documento, donde el cambio de sexo se ve reflejado específicamente en el Documento Nacional de Identidad (DNI), el cual contiene todos los datos esenciales que permitan identificar con precisión a una persona, sin embargo ante un cambio de sexo, dicho apartado carece de veracidad porque en realidad no se ha producido un cambio de sexo en su totalidad, sino únicamente un reconocimiento del sexo que una persona propugna tener. Por tanto dicho documento se desnaturaliza al ya no contener un fiel reflejo de la realidad, ya que aun cuando se realice el cambio de sexo por vía judicial, este es únicamente un mero reconocimiento de la voluntad del solicitante, ya que dicha persona no tiene adquiere la capacidad de poder embarazarse o de producir el embarazo a través de los espermatozoides, hecho que es una cualidad innata y propia de mujeres y varones respectivamente, así como su identidad cromosómica perdura sea esta de XX

(mujeres) o de XY (varones), donde dicha resolución de cambio de sexo no generaría más que una confusión entre el sexo real y uno jurídico, siendo este último sobre el que se pronuncia el juzgador, no estando entre las posibilidades del juzgador modificar una realidad cromosómica, fisionómica y científica, a través de sus resoluciones judiciales. Al no ser un atributo sujeto a la disponibilidad de la persona o del Estado, afectándose con su decisión la fe pública que debe contener el DNI al no ser más un fiel reflejo de la realidad.

Es en ese mismo orden de ideas que se puede constatar la vulneración al derecho de la información ya que no es posible a terceros constatar del propio DNI que la persona ha cambiado su sexo, ya que no existe diferencia alguna con alguna en el dato del sexo, sea este desde su nacimiento o producto de un cambio de sexo judicial, teniéndose que recurrir a vías ajenas a la del DNI para poder constatar fehacientemente la veracidad de dicho dato, viéndose afectada la capacidad de información de terceros que podían obtener a través del DNI. Asimismo, sobre la seguridad jurídica, es preciso reconocer que todo acto jurídico sea ante una entidad pública o entre privados goza de un nivel de certeza, misma que se vería afectada, al ya no tener una capacidad real e inmediata de poder constatar la veracidad del dato de sexo en el DNI.

Conforme a lo anterior ¿cómo es que se puede manifestar dicho daño ante la sociedad?, dicho daño es generado por la desinformación o el inducimiento a error por parte del Estado, debido a que con la nueva tendencia antes referida se está modificando judicialmente el apartado del “sexo” sin una consideración mayor a las corrientes antes señaladas, y en aras de garantizar a la comunidad LGTBIQ (Lesbianas, Gays, transexuales,

Bisexuales, Intersexuales y Queer), sin embargo no se considera quien se vería afectado con dichas medidas, como se refirió anteriormente es la sociedad, producto de la desinformación que proporciona el referido documento de identidad, ya que no constataría una situación real, sino una realidad jurídica, es decir en todo su aspecto anatómico e interno el individuo aún ostenta las características propias de su sexo de nacimiento, sin embargo mediante dichas corrientes y vertiente jurídicas es que se procede a la modificación del sexo en el DNI, para garantizar la identificación y libre desarrollo de la persona solicitante del cambio de sexo (que para fines didácticos se le denominara en adelante “solicitante trans”).

Habiendo aclarado que existe un tercero directamente afectado con la decisión judicial de cambio de sexo, es que las consecuencias jurídicas ya se están comenzando a observar en otros Estados, y es ante la función preventiva del Derecho, que el mismo debe de anticiparse a más conflictos jurídicos, con la mayor celeridad posible, siendo dichos problemas tanto en el ámbito laboral donde conforme lo señala el diario EL PAÍS en Argentina un solicitante trans cambio su género en el DNI argentino a los 59 años de edad, para poder jubilarse cinco años antes, debido a que los hombres se jubilan a los 65 años, mientras que las mujeres a los 60¹, mientras que por el rubro penal, específicamente en el sistema penitenciario, se tiene a la persona trans quien se identifica con el sexo femenino, y por su sola declaración es internada, en el establecimiento penitenciario femenino (cárcel de mujeres), donde según la nota periodística asaltó sexualmente a

¹ EL PAÍS (2018) “¿Un argentino cambió de género para jubilarse cinco años antes?”. [En línea] Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/03/22/solo_en_argentina/15217_24377_896_247.html. Consultado el: [05 de noviembre del 2019]

las reclusas mujeres². Donde si bien hasta el momento son casos aparentemente aislados, solamente se han señalado casos medianamente mediáticos, sin embargo, también se tiene que considerar por un aspecto estrictamente jurídico, cuáles serían los derechos y deberes que adquiriría el solicitante trans, si estos serían iguales o deberían de ser diferentes a los del mismo sexo que ahora tiene, como es que se daría solución a dicha desinformación, donde es claro reconocer que el conflicto sería entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, lo cual generaría aún más gastos tanto para los administrados, como para el propio Estado. Por tanto, el enfoque de la investigación es determinar cuáles son las consecuencias que generaría un cambio de sexo en el DNI, y hasta qué punto puede afectar el tracto jurídico como lo conocemos.

PREGUNTA GENERAL:

¿Cuál es el daño a los derechos de información, fe pública y seguridad jurídica a consecuencia del cambio de sexo judicial en el DNI?

PREGUNTAS ESPECÍFICAS:

- a) ¿Con el cambio de sexo se adquieren los derechos y deberes del nuevo sexo?
- b) ¿Son suficientes los criterios jurisdiccionales actuales para realizar el cambio de sexo en Perú?

1.1.2. JUSTIFICACIÓN

El objeto de la presente investigación es poder señalar los criterios razonables y lógicos que permitan determinar si es correcto disponer el cambio de sexo, o por el contrario que medidas son necesarias que sean

² BBC NEWS MUNDO (2018) *“Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”*. [En línea] Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45470052>. Consultado el: [05 de noviembre del 2019]

adoptadas para evitar o reducir al mínimo las repercusiones jurídicas que genera el cambio de sexo en el DNI, toda vez que no se produzca un ejercicio abusivo del derecho, y de esa forma se congestione aún más el sistema de justicia (Poder Judicial, Tribunal Constitucional).

Asimismo es necesario que el juzgador pueda generar la suficiente convicción a la sociedad y al Estado, acerca los motivos que inducen al cambio de sexo, específicamente por vía judicial, al ser los criterios comunes y ordinarios, en base a aspectos anatómicos, físicos y morales, sin embargo no se ofrece una motivación y argumentación concisa, que permita deducir cuales son los argumentos lógico-jurídicos que permite el cambio de sexo, más allá de una valoración abstracta, respecto a los derechos vulnerados.

Es necesario tener en cuenta que el cambio de sexo, no es una decisión aislada que no afecte al resto de la comunidad social y jurídica, sino que por el contrario es pasible de generar un nivel de afectación elevado a la sociedad, motivo por el cual es necesario determinar cuáles son los derechos que se ven afectado ante tal medida dispositiva.

1.1.3. ANTECEDENTES

Se han consultado las bases de datos de las distintas bibliotecas de Universidades del país, verificándose que no existe algún estudio del problema específico que se pretende investigar. Existen referencias en artículos de algunos textos y/o revistas especializadas. La legislación comparada ha tratado el problema en algunos casos y ya lo ha solucionado de acuerdo a su marco normativo.

Sin embargo, si existen tesis en el repositorio de Pontificia Universidad Católica del Perú, en el que se desarrolla un enfoque diferente del problema observado tal como:

- a) DIESTRA SÁENZ, Renzo Omar realizó la tesis denominada *“El tratamiento hormonal y quirúrgico de reasignación de sexo: instrumentos de tutela del derecho a la integridad de los transexuales”* para optar el grado académico de Magíster en Derecho Civil en el año 2015. Fuente: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6884>

La citada tesis contiene tres capítulos: i) La transexualidad desde el punto de vista médico-científico; ii) Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico-civil y iii) Protección del derecho a la integridad del transexual a través de la reasignación de sexo, en dicho capítulos el investigador trata temas acerca del sexo, género y orientación sexuales, la diferencia entre dichos términos, que aunque se utilicen como sinónimos no lo son, asimismo se centra más que todo en ofrecer una nueva interpretación del artículo 6 de nuestro Código Civil el cual prohíbe los actos de disposición en el cuerpo humano que generen disminución permanente de la integridad física o sean contrarios a las buenas costumbres u orden público. Señalando que dicho artículo no es aplicable en el caso de los transexuales debido a que se encuentran dentro del marco de la disforia de género, por tanto, desde su perspectiva personal (del transexual) es una operación necesaria para salvar la vida (dignidad) del transexual.

Respecto a la citada tesis se señala que se encuentra conforme a la postura antes señalada, debido a que efectivamente existe una diferencia entre los conceptos de sexo, género y orientación sexual, tales diferencias son tanto de naturaleza biológica, como psicológica y social, asimismo que si bien desde la cosmovisión peruana una

operación quirúrgica de cambio de sexo puede resultar anormal, se puede observar que desde una perspectiva netamente material y estricta dicha operación no genera ninguna repercusión en la celebración de los diversos actos jurídicos existentes, no obstante dicha afectación será palpable cuando se trate de solicitar un cambio de sexo en el DNI, ello conforme se desarrolla en el presente trabajo de investigación.

- b) LENGUA PARRA, Adrián Rodolfo realizó la tesis denominada "*La trans-formación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos*" para optar por el Título Profesional de Abogado en el año 2018. Fuente:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12032>

La citada tesis contiene los siguientes capítulos: i) El reconocimiento de la identidad de género de las personas trans como una cuestión de Derechos Humanos; ii) Los deberes específicos para la protección del derecho a la identidad de las personas trans y iii) Estándares para un adecuado cumplimiento de los deberes específicos de protección de derecho a la identidad de las personas trans. En el desarrollo de la mencionada investigación, su autor trata temas sobre el reconocimiento internacional e los derechos de las personas trans, así como la imposibilidad de discriminar a las personas transexuales de los cisgéneros (aquellas personas que se identifican con su sexo asignado al nacer), asimismo señala que si es posible realizar un cambio de sexo en el documento de identidad,

ello en el marco de la identidad de género, conjuntamente con ello se señala la responsabilidad del Estado de implementar los mecanismos necesarios para garantizar la igualdad de las personas transexuales con el resto de la sociedad.

En cuanto a la señalada tesis se señala que se está conforme parcialmente con las conclusiones del investigador, debido a que el investigador en todo momento hace referencia a la identidad de género y que esta debe de ser reconocida, en este extremo conforme se detalle en la investigación realizada se tiene que sexo y género son totalmente distintos, por tanto el nivel de tutela por parte del Estado también debe de ser diferente, por tanto en aras de garantizar el derecho de identidad de las personas lo que debería de darse sería un cambio de género mas no de sexo, ello debido a que ciertas instituciones jurídicas son de diferente aplicación en cuanto al sexo, no solo en nuestra legislaciones sino en otras más donde actualmente existen dificultades para determinar la existencia de una conducta punible o hasta qué punto cierta conducta es o no discriminatoria, ello en razón de no haberse analizado el lado negativo de un cambio de sexo legal, ahora

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar cuál es el daño causado al derecho de la información, fe pública y seguridad jurídica por el cambio de sexo en el DNI.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- i. Precisar si el cambio de sexo es un medio para adquirir los derechos y deberes de su nueva identidad.
- ii. Determinar si son suficientes los criterios jurisdiccionales actuales para realizar el cambio de sexo en Perú.

CAPITULO II:
MARCO TEORICO

SUBCAPITULO 1: NOCIONES GENERALES

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO DE GENERO

(CAMBIO DE GENERO)

2.1.1.1. ¿EL OBJETO DEL DERECHO PROTEGIDO ES EL SEXO O EL GENERO?

Aun con lo mencionado anteriormente se observa que en nuestro sistema jurídico no existe un consenso sobre si el derecho al desarrollo de la personalidad e identidad se repercute de forma directa con el sexo o el género, para ello tenemos las sentencias N° 139-2013-PA/TC y la sentencia N° 6040-2015-PA/TC.

Teniendo que el órgano interpretativo constitucional supremo es decir el Tribunal Constitucional, realiza interpretaciones totalmente diferente en dos ocasiones, donde en un primer momento se le considera al sexo como aquel rasgo biológico y cromosómico inalterable, mientras que genero si es aquella característica susceptible de ser modificada (Sentencia N° 0139-2013-PA/TC), sin embargo de suscitarse determinado cambio la vía adecuada tendría que ser una más extensa como el proceso contencioso civil de conocimiento; en un segundo momento tal criterio fue cambiado por un nuevo órgano colegiado, quien determino que el sexo si era pasible de ser modificado por la voluntad de la persona, por tanto si procede el cambio de “sexo”, y además este puede ser realizado en el fuero civil por el proceso sumarísimo, al tener tal carácter de “urgente”.

Es con todo lo señalado anteriormente que se pronuncia el Tribunal Constitucional (sentencia N° 6040-2015-PA/TC), respecto a lo siguiente:

a) **Dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial de la sentencia 0139-2013-PA-TC:**

Respecto a este punto es importante señalar, que el Tribunal Constitucional que sentencia el presente caso es diferente al que lo hizo en el año 2013, respecto a la misma materia

Siendo así el enfoque que asumen los magistrados del Tribunal Constitucional en esta oportunidad, difiere bastante del criterio anterior, ello en merito a que consideran que el sexo es factible de ser modificado, a voluntad de la persona, al ser determinado durante la vida del individuo.

Con lo anterior también señalan que el TC no puede dar un criterio estático, sino que este debe de ser orientador tanto para los juzgadores como para el resto de operadores jurídicos y sociedad, por tanto, es que no se puede señalar de forma impositiva que el sexo es estático, ni señalar al sistema judicial no pueda realizar su cambio de género.

Junto con ello igualmente señala, que eliminando el criterio anterior que tenía la corte, los órganos judiciales pueden cautelar los derechos que poseen estas personas que desean cambiar su "sexo".

b) **El transexualismo como una disforia de género, no una patología**

Sin embargo, señala que el transexualismo es una disforia de género, y no una patología, y que tal conducta esta próxima a ser modificada por la OMS (adelantándonos un poco, fue recién en mayo del dos mil diecinueve que se modificó la concepción del transexualismo por parte de la OMS, según como se desarrollara posteriormente).

c) **Vía procesal que garantiza el cambio de “sexo”**

En vista a todo lo expuesto anteriormente, el TC realiza una interpretación literal del artículo 546.6 del Código Procesal Civil, al señalar que *“se tramitaran ante los juzgados civiles los asuntos contenciosos que “no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo”*, concluyendo así que existe una vía procesal que satisface la pretensión de la demandante. Dejando sin efecto la doctrina jurisprudencial de la sentencia 0139-2013-PA/TC, y señalando que la vía adecuada para conocer los procesos de cambio de género es la vía civil mediante el proceso contencioso sumarísimo.

2.1.1.2. CRITICA A LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Es puntual señalar que la crítica a realizar no es únicamente a opinión de los autores del presente trabajo, sino de los argumentos esbozados por los demás magistrados del TC quienes no suscribieron la presente sentencia.

Antes que nada señalar la controversia que generó la expedición de esta sentencia dentro del fuero del Tribunal Constitucional, ello a que solo cuatro de sus siete magistrados suscribieron la sentencia analizada, mientras que los otros tres presentaron su voto en conjunto que reafirmaba lo resuelto en la primera sentencia (0139-2013-PA/TC).

Lo anterior es una situación similar a lo acontecido en el caos ROE vs WADE, donde por el voto de un magistrado se reconoció como derecho constitucional al aborto (recordemos que en Estados Unidos se tiene el

control constitucional del control difuso), por tanto, se tiene que si bien el criterio persiste en la actualidad, el mismo puede ser modificado o sustituido con la conformación de otro Tribunal Constitucional, por tanto es necesario tener un criterio uniforme, sin más que agregar los puntos a criticar son:

i. ¿Existe congruencia entre la sentencia 0139-2013-PA/TC y la 06040-2015-PA/TC?

Respecto a este primer punto, hay que resaltar que existe una gran diferencia entre ambas sentencias, ya que tienen nociones diferentes en lo que respecta sexo, siendo la primera de ellas refiere que el sexo es una cualidad inmodificable en razón que es la primera característica que se observa al momento de nacimiento, y abarca de forma única y expresa los rasgos físico-anatómicos de la persona conjuntamente con el nivel cromosómico (siendo los hombres XY y las mujeres XX), por tanto no es plausible su modificación. Con excepción de los intersexuales y hermafroditas, ya que si existe una diferencia material que induce a error al registrador civil, ante ello si se puede dar un cambio de sexo.

Mientras que la segunda sentencia señala que el sexo es una cualidad modificable en base a la personalidad del individuo, y que la misma se va construyendo a lo largo del tiempo.

Siendo a nuestro criterio concordamos con la primera posición adoptada por el TC, esencialmente por lo señalado en el Estado de Ecuador se reconoce el cambio de género, mas no de sexo, ya que señalan que el género si es una construcción personal y social, en cambio el sexo no es meramente físico por lo tanto estático, promulgado así la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en la cual en su artículo 94 refiere que:

[V]oluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá asumir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta Ley y su reglamento. Este cambio no afectará los datos del registro personal único de la persona relativos al sexo. De darse esta situación, el peticionado podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género. JOHANNA EGAS,(2017)³

Es con lo anterior que observamos que la postura adoptada por nuestro TC en un primer momento no era del todo errada, al ser un criterio que es compartido por otro Estado, y a criterio nuestro sustentado, ya que se deben tener claro la diferencia de los documentos de identidad y lo que garantizan cada uno individualmente si hablamos de un aspecto más positivista ello es, la diferencia sustancial entre una partida de nacimiento y el documento de identidad, en la primera se plasma únicamente en el documento lo que es de observancia clara a través de un “análisis” ocular, mientras que en la segunda si se va manifestando a lo largo del tiempo las diversas características del mismo, como lo es el Estado civil, el nombre, si desea donar órganos o no, el domicilio, bajo esa lógica y aplicando el

³ EGAS, Johanna (2017). *Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo “sexo” por el de “género” en la cedula de identidad en el Ecuador*. [En línea], disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion005/law_review_005_004.pdf. consultado el [10 de mayo del 2019]

silogismo jurídico, tenemos que la partida de nacimiento no podría ser modificada porque se da en razón de los rasgos que presente la persona al momento de su nacimiento, por tanto el sexo también es una de esas categorías “inamovibles”, por tanto no sería congruente modificar esa misma categoría de sexo ya establecido en la partida de nacimiento, sino que debería de realizarse mediante otra categoría, por ello la opción de género, que si bien puede resultar discriminadora en cierta medida, sería la medida más eficaz que garantice una seguridad jurídica óptima.

ii. ¿Es el transexualismo una disforia de género o una patología?

Esto ciertamente no es un tema que lo pueda definir el derecho, porque tal utilización de términos corresponde al campo de la medicina, por tanto, es el único campo que puede determinar lo dicho, criterio que ha sido compartido por los magistrados que no suscribieron tal categorización imperativa por parte de la sentencia promulgada materia de análisis. Sin embargo, en el año 2018 la Organización Mundial de la Salud (OMS), modifico el término de transexual, al ya con considerarlo una patología, sino como:

La discordancia de género en la adolescencia o adultez se caracteriza por una discordancia marcada y persistente entre el género experimentado por la persona y el sexo asignado, lo que a menudo conduce a un deseo de "transición" para vivir y ser aceptada como una persona del género experimentado, ya sea por medio de un tratamiento hormonal, intervención quirúrgica u otros servicios de salud, para que el cuerpo pueda alinearse, tanto como lo desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El

diagnóstico no se puede hacer antes del inicio de la pubertad. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas una base para determinar el diagnóstico. OMS, CIE-11,(2018).⁴

Por tanto, utilizando este nuevo concepto de transexual por parte de la OMS, tenemos que el cambio debería realizarse en razón del género y no del sexo.

2.1.2. IDENTIDAD DE LA PERSONA:

La identidad de la persona según lo ha ido desarrollando nuestro Tribunal Constitucional, abarca dos aspectos, A) la identidad estática y b) la identidad dinámica, esto se puede resumir, en que la identidad esta compuestos por caracteres inamovibles y perpetuos; mientras que otros rasgos del ser se van definiendo según se vaya desarrollando la personalidad, es en este último que entra una dualidad de caracteres que se consideraban estáticos, el nombre y el sexo; existiendo una vía clara y delimitada para el cambio de nombre, el cual es el no contencioso, al no afectar a la seguridad jurídica propia del Estado, sin embargo siempre se debe considerar aspectos esenciales, como lo son la inexistencia de cargas penales, civiles, financieras, administrativas, etc; esto es a fin de que el individuo no pretenda escapar de futuras acreencias; sin embargo ello no compete al cambio de sexo (criterio superado según lo esbozado hasta ahora, por lo cual se le denominará **CAMBIO DE GENERO**), siendo este último el cambio de género, aspecto importante del desarrollo de la personalidad, ya que no existe un criterio claro, desde cuando una persona

⁴ Organización Mundial de la Salud. *CIE-11 Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión*. [En línea], disponible en: https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entit_y/90875286. Consultado el [20 de mayo del 2019]

se identifica con el otro sexo, e igualmente cuando manifiesta la capacidad y raciocinio suficiente para garantizar la fiabilidad del cambio de género, y que este va a perdurar en el tiempo, y no sufrirá cambios.

2.1.2.1. IDENTIDAD ESTÁTICA:

La identidad estática es uno de los componentes de la identidad de la persona, la cual abarca esencialmente aquellos rasgos propios e individualizadores de la persona que son inmutables, siendo así que dichos rasgos son adquiridos desde el nacimiento, no por decisión propia sino por el contrario por un conjunto de motivos ajenos a la persona, tales como el nombre y apellido que son designados por sus progenitores, nacionalidad que es adquirida en mérito a la de sus padres o el lugar donde se nació (según corresponda), igualmente uno de los rasgos físicos inmutables son las huellas digitales.

“Se refiere a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - como el nombre, seudónimo, imagen, sexo, lugar y fecha de nacimiento, huellas digitales, filiación, nacionalidad; mientras que la identidad dinámica trasciende a la estática y se extiende a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto (Fernández 1992: 25, 87, 88, 108)”⁵

Teniendo así dos cualidades propias de la identidad, una que trasciende en el tiempo, y otra que se va adaptando según se vaya desarrollando la persona, es en la primera que nos encontramos con la identidad estática, ya que existen determinados factores inamovibles, siendo uno de estos el sexo, sin embargo, en la actualidad dicha perspectiva ya no resulta correcta,

⁵ DELGADO MENENDEZ, María del Carmen (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Tesis para el grado de Magister [en línea], disponible en: www.corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf. Consultado el 03 de junio del 2019

debido a que son los factores psicológicos durante el desarrollo de la persona que determinan la modificación de caracteres aparentemente estáticos, como lo es el sexo, sin embargo, este resultaría inamovible [con las excepciones de los intersexuales, hermafroditas], siendo el género el que es susceptible de modificación, empero dicha modificación no únicamente arbitraria y autónoma de la persona, porque exige el reconocimiento jurídico de su género actual, siendo en este punto que es necesario determinar si el género forma parte de la identidad dinámica, si esto es cierto, este debe de estar correctamente fundamentado y motivado, según las posibles obligaciones que acarrea.

Asimismo, el derecho de identidad comprende que cada uno a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos, que para las mayorías son sus tierras, viviendas y pequeños negocios. Si consideramos a la vida, a la libertad y a la identidad como una trilogía de intereses, calificados como esenciales entre los esenciales, hemos de concluir que éstos merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica (Fernández Sessarego 1992: 22).⁶

2.1.2.2. IDENTIDAD DINAMICA:

“Se refiere a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona. “...La identidad personal...que se proyecta socialmente...es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia... tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida...” (Fernández 1992: 25, 87, 88, 89, 108).

⁶ Idem

La identidad dinámica trasciende a la estática y se encarna en el “proyecto de vida” o “plan vital”. La esfera dinámica derecho a la identidad, comprende, entre otros, el derecho de cada persona a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos, y a que se le brinde las normas y mecanismos institucionales necesarios para realizar sus actividades y defender sus derechos dentro un sistema legal moderno e inclusivo”⁷

Con lo anterior podemos deducir que la identidad dinámica es lo que se debe determinar en el presente trabajo, por el mismo hecho que se encuentra en una situación de cambio constante, es necesario que el Estado pueda garantizar a esta nueva identidad, por tanto, cualquier tipo de perjuicio realizado a esta nueva identidad, seria responsabilidad el Estado, al ser este el ente cargado de su supervivencia.

Por tanto, ya existe una responsabilidad implícita por parte del Estado, al ser el juzgador quien dispuso este cambio de género, no siendo este un acto declarativo de derechos, sino que, por el contrario, constitutivo de derechos, es por ello que no abarca únicamente los derechos propios de la resolución judicial, sino que implícitamente las obligaciones del mismo.

Es en este punto de las obligaciones que nos referimos a la dualidad de responsabilidad que existe, tanto para la persona que solicito y logro el cambio de género, como para el Estado, al no poder optar únicamente por los beneficios que acarrea su nueva situación jurídica, sino también las cargas que esto presenta, siendo el objeto de análisis él es la dualidad existente entre el deber y el derecho, esto es en razón sistema penitenciario, ya que allí se ve el límite absoluto de los derechos de la persona, y la

⁷ Idem

obligación máxima por parte del individuo, al tener que estar inmerso en el sistema penitenciario para cumplir con la necesidad del cumplimiento de la sanción por hecho delictivo cometido y sancionado con su posterior resocialización.

Es en el último termino mencionado que existe el conflicto, si nos referimos a la existencia de la identidad dinámica, y que esta se encuentra en constante cambio y evolución, solo que únicamente para el caso concreto se pudo generar la suficiente convicción al juzgador para amparar el pedido de cambio de género, resulta razonable y lógico deducir, que el sistema penitenciario debe de ser el adecuado para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad, sin embargo cual es el género a primar, el que ahora ostenta, o el que tenía al momento de su nacimiento, una cuestión difícil de aclarar, al existir todo un proceso judicial que **garantiza el debido proceso**, en razón al cambio de género, por tanto es amparable que el individuo materia de ingreso al sistema penitenciario ingrese al sistema penitenciario del género que ahora ostenta.

Sin perjuicio de lo anterior tenemos dos circunstancias importantes en este punto, que tanto la OMS como nuestro sistema jurídico se refieren al transexualismo con su respectivo cambio, al género, mas no del sexo; y el internamiento del reo al establecimiento penitenciario se realiza en base al sexo, es en este estadio la mayor confusión, debemos primar el sexo de la persona o el género.

2.1.3. BASES TEORICAS

Tenemos que ZANNONNI señala que: “El transexual tiene una persistente preferencia por el rol del género al otro sexo y está atrapado o atrapada en el cuerpo equivocado, pese a conservar la anatomía normal para su sexo...

ello le impulsa a asumir las modalidades del sexo opuesto al genético y, como para completar su identidad psicológica, a inyectarse hormonas y someterse a cirugía para modificar su aspecto externo”⁸

Los derechos humanos de las personas, en el marco de nuestra Constitución Política de 1993 y los organismos supranacionales; concordantes con nuestro código de ejecución penal (D. Leg. 654).

2.1.3.1. CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

a) Defensa de la persona humana

Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En este punto nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: “Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que “actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros el derecho a la vida y a la seguridad.”” (STC. N° 01535-2006-PA, fundamento 82).

⁸ Idem

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también reconoce que el derecho a la dignidad puede ser de carácter negativo respecto a las autoridades y particulares al señalar que: “la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ellos es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos” (EXP. N° 1008-2005-PA/TC, fundamento 5).

b) Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Sobre el derecho a la igualdad tenemos que el Tribunal Constitucional manifiesta que: “(...) el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma

deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando se considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. (EXP. N° 04293-2012-PA/TC, fundamento 19)

Es hasta este punto de la Constitución podemos inferir, que el Estado protege al ser humano, sin importar su condición social, económica, rasgos físicos, etc. Ello mediante la dualidad de derechos cautelares, tanto la libertad humana como su dignidad; por tanto, es necesario cautelar la seguridad de la persona, sin embargo, si consideramos la premisa señalada por el Tribunal Constitucional sobre la igualdad se tiene que esta concuerda con el principio aristotélico de *“tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”*, siendo este el modo correcto de aplicar justicia en el caso de las personas transexuales, o por el contrario se debe asumir una postura más rígida en este aspecto [positivo] y tratar por igual sin importar su condición, siendo este último punto difícil de dilucidar sin la intervención de un razonamiento lógico y argumentativo, ya que si el transexual que logra el cambio de género, lo logra mediante una motivación deficiente por parte del juzgador, es el propio Estado quien lo expone a una situación de riesgo, ya que en caso de existir un eventual perjuicio la culpa recaería en el Estado, al no haber determinado de forma correcta, cuales son los límites del cambio de género, frente a situaciones netamente negativas, como lo es el Sistema Penitenciario.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

c) Interpretación de los derechos fundamentales

Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Tenemos que no solo debemos interpretar el texto constitucional con lo señalado expresamente, sino que también se pueden utilizar tratados internacionales, para brindar una mejor interpretación de los derechos, mismo que se materializa con su Código Procesal Constitucional el cual señala la observancia directa de los resuelto por instancias supranacionales. Resultando netamente valido utilizar el espectro jurídico internacional para determinar la mejor protección de derechos, en caso de conflicto.

2.1.3.2. ABUSO DEL DERECHO:

“El abuso del derecho es solo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo tendiente a que el individuo actué sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, sin causar lesión o daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas.

Mediante el principio del abuso del derecho se tiende a equilibrar la legítima actualización de los derechos individuales, indispensables para la realización de la persona humana, con los intereses de la colectividad. Es obvio, por lo demás, que quien abusa en el ejercicio o en el uso de un derecho subjetivo, atenta contra un interés ajeno que, en última instancia,

limita o imposibilita la realización del proyecto existencial de otra persona. El derecho es el difícil arte de armonizar intereses con el fin de que cada uno pueda, sin lesiona intereses comunitarios, realizar su proyecto personal. Esto se traduce conceptualmente en la expresión “bien común” que es el bien de todos y de cada uno.

Asimismo, quien abusa de un derecho, quien hace uso del mismo de modo contrario a las prescripciones de las normas jurídicas, específicas o genéricas, denota un comportamiento que se disocia de la juridicidad y que es, además, inmoral por antisocial. Al lesionarse el valor solidaridad, cristalizado a través de un plexo de principios y normas del derecho positivo, se atenta, simultáneamente, contra el derecho, y contra la moral. Es decir se lesiona la conciencia colectiva.”⁹

FERNANDEZ SESSAREGO nos da una noción acerca de lo que es el abuso del derecho en palabras sencillas y prácticas, el cual se encuentra limitado por:

- a) No afectar la esfera jurídica de otras personas; En este punto hay que considerar que nos encontramos ante una visión garantista y neo constitucional derecho, ello debido a que si bien una persona tiene un “proyecto de vida a realizar” este no puede interferir con el proyecto de vida de otras personas, y esto se ve materializado cuando concurren vulneraciones o afectaciones de los derechos hacia terceras personas, sea por comisión o por omisión, criterio importante a considerar, ya que no es amparable que el medio por el cual se garantiza

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2018) *“Abuso del Derecho - Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano”* Editorial Motivensa SRL. Lima-Perú. Tercera Edición. P. 38-44

el correcto desarrollo de la sociedad [el derecho] pueda permitir que se vulneren los derechos de otras personas, siendo este un límite razonable al ejercicio del derecho.

- b) La solidaridad como valor; si bien hasta este punto se considera a la justicia como el valor supremo del derecho, hay que señalar que la solidaridad también lo es, ya que al fin y al cabo el derecho no existe sin la sociedad, y viceversa, por tanto, la solidaridad es un rasgo vital, para poder garantizar la armonía jurídica y social, caso contrario se incurren en abusos y arbitrariedades, por parte del Estado o sujetos privados. Si no se considera al Derecho como un medio por el cual se garantiza la paz social no solo del individuo sino de la sociedad, se puede incurrir en abusos.
- c) El derecho como un medio y no como un fin; concordante con el punto anterior, al no ser el derecho a lo que deben aspirar las personas, es decir que las personas no se deben de amoldar al sistema jurídico, sino que es el sistema jurídico que se amolda a la sociedad, siempre en aras de garantizar el aspecto axiológico, es decir no se pueden amparar normas – aun cuando lo requiera lo sociedad- que vayan a afectar a otras personas, siendo este un abuso del derecho, así como el origen del derecho fue para facilitar la vida de las personas, [recordemos la teoría del contrato social y origen del Estado], no ser un conjunto de normas, reglas y principios que dificulten la vida “cotidiana” de la sociedad, para ello también es la función de los operadores jurídicos, ya que en esencia,

son expertos en el aspecto jurídico, quienes ayudan y facilitan a las personas “comunes” la satisfacción de sus necesidades y ejercen la protección de los derechos de la persona, sean operadores jurídicos privados [abogados independientes] o públicos [magistrados, secretarios, auxiliares, etc]

Teniendo este punto claro, es que se puede determinar, que no puede existir un ejercicio abusivo del derecho, ya que este debe de satisfacer una necesidad social, sin embargo no se trata de determinarlo cuantitativamente (respecto a cuanta población se va a favorecer con determinada postura) sino por el contrario cualitativamente, donde será necesario demostrar, argumentar, fundamentar, el motivo de que determinado derecho va a ser de imperiosa necesidad a cautelar, y no únicamente señalando la existencias de determinado derecho y principio, y a su vez que automáticamente deba ser cautelado sobre los demás derechos en conflictos, asimismo la imposibilidad de realizar actos en beneficio propio utilizando arbitrariamente el aparato estatal.

2.2. ASPECTOS GENERALES:

En la actualidad casi toda actividad humana ha sido regulad en el ámbito jurídico, sin embargo en la actualidad, ante la nueva corriente del derecho las cuales son el Neoconstitucionalismo, la ponderación, proporcionalidad, cargas argumentativas y demás, es claro que todo tiene algo en común la propia persona, pero como un ser personal y autónomo el cual merece protección propia, sin embargo dicho enfoque no es errado sino que por el contrario es el correcto, debido a que la finalidad del Estado es permitir el correcto y/o exitoso desarrollo de la persona humana, más no es posible obviar el factor social, si bien toda norma debe estar destinada a favorecer

a la persona – entendiéndola como ser unitario - no puede dejar de amparar y cautelar los fines sociales, los cuales parecieran en la actualidad que se han dejado de lado hasta que no exista un conflicto manifiestamente evidente o que la situación o alguna persona no hiciera evidente, tal es el caso del cambio de género y todo lo pertinente a la comunidad LGTBIQ (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales y Queer), debido que se ha perdido el enfoque de amparar el espectro social del derecho sobre el personal, motivo por el cual es el desarrollo de la presente investigación, más allá de algún conflicto específico en cuanto a un derecho personal y social, el enfoque de la presente investigación intentara determinar si efectivamente ¿un derecho personal adquirido de forma declarativa por el juzgador puede ser superior al derecho social que tienen las personas? o si por el contrario debe de ¿ser una responsabilidad única y propia del legislador?.

Asimismo es necesario recalcar que en la actualidad el cambio de género no presenta un límite evidente, sin embargo adelantándonos al caso concreto respecto a la existencia del problema jurídico descrito que una persona desee cambiar su género existen dos mecanismos para realizarlo a) vía legislativa o b) judicial, donde en la primera sería la promulgación de una ley específica que establezca los requisitos y condiciones del cambio de género, mientras que en el segundo, es el propio juzgador quien al caso concreto solucionará dicho problema jurídico, acorde a la normatividad actual y las fuentes del derecho, empero ¿tal disponibilidad de derechos puede estar sujeta a una interpretación personal y especial por cada magistrado, aun cuando brinda las cargas argumentativas necesarias para su decisión?.

Siendo necesario resaltar que el primer contacto jurídico de todo problema se realiza a nivel personal, donde las propias partes intentarán de darle una solución privada y pacífica, si ello es insuficiente o no es posible, se recurre a la vía judicial donde el juzgador decidirá ante tal controversia donde si bien los derechos o instituciones jurídicas en conflicto son unas ya existentes al caso concreto y por la naturaleza de los hechos no es posible optar por una decisión mecánica y automática sino que requerirá una valoración y motivación suficiente y necesaria para dilucidar dicho problema, debido a que el juzgador no puede dilatar la resolución del conflicto hasta que el legislador desarrolle una norma específica para resolver dicho conflicto.

Con lo anterior es evidente que en nuestra legislación peruana no existe una norma específica que determine como es que debe proceder el juzgador al momento de determinar el cambio de genero de una persona considerando que su sentencia no ostenta un carácter declarativo de derechos sino que constitutivo de derechos, en merito a que no les reconoce derechos a una persona sino que se los crea y otorga los derechos y deberes que le corresponde al otro sexo, es en este punto que es necesario determinar hasta qué punto se les reconoce estos deberes, ya que no pueden adquirir únicamente derechos sino que como tal deben de acarrear su contraparte que son los deberes, ante ello el máximo deber que puede cumplir una persona se remonta en el ámbito penal lo cual es el internamiento en el sistema penitenciario, aunque sea una situación aparentemente sencilla existen muchas situaciones en conflicto que necesitan ser expuestas y analizadas a profundidad, lo mismo que se realizara en páginas posteriores, remontándonos lo expuesto en líneas precedentes se debe tutelar únicamente el derecho personal obviando el

aspecto social, lo que se traduce en la necesidad de satisfacer una necesidad personal, sin perjudicar el fin social del Estado.

2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO

Es una de las corrientes jurídicas que rige en la actualidad, la cual señala que lo que debe de importar más allá de la norma jurídicamente válida, es el reconocimiento de derechos en favor del individuo, toda vez que se encuentra en una situación de desventaja en comparación con el Estado, el cual conforme a BARBERIS la constitucionalización tiene tres procesos: “la redacción de documentos constitucionales, la atribución de rango constitucional a documentos que carecen de él, pero sobre todo la adecuación del derecho infra constitucional al derecho constitucional.”¹⁰ Es decir que debe de existir una armonía y concordancia entre las normas que se desarrollen y promulguen dentro de un sistema jurídico, mismas que deben de estar adaptadas a la constitución, al ser ésta a norma de máxima jerarquía posible dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Asimismo el Neo constitucionalismo abarca tres tesis características de la propia corriente las cuales son según BARBERIS¹¹:

2.3.1. De la conexión entre derecho y moral:

Donde existe una vinculación entre el derecho y la moral, es decir la moral ya no es un elemento ajeno al derecho, sino que para una mejor comprensión “social” y mayor protección y reconocimiento de las facultades inherentes al ser humano [derechos], con lo cual se incorporaría los valores de dignidad humana, libertad,

¹⁰ BARBERIS, Mauro (2019) “*Estado Constitucional*” Editorial Zela. Primera Edición. Puno-Perú p.26

¹¹ *Ibidem* p. 30

la solidaridad, etc. Es decir, la norma para que sea jurídicamente válida debe de incorporar la inspiración en un valor supremo que permita determinar el valor de la norma. Sin embargo, se señala la existencia de posturas positivistas las cuales defienden el argumento que por el hecho que los argumentos morales han sido incorporados al derecho, estos se han vuelto argumentos jurídicos, debido al “adoctrinamiento” que tiene el Derecho respecto a todo elemento o conocimiento con el cual tiene contacto.

2.3.2. De la distinción fuerte entre reglas y principios:

Donde el referido autor les otorga la calidad de normas mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, debido a que las reglas incorporan un supuesto fáctico con una consecuencia jurídica, sin embargo el principio por el contrario establece una situación jurídica, es decir mientras en el primero debe de surtir determinado hecho específico para su activación [regla], los principios por el contrario no, solamente se necesita la presencia de determinado valor sin un contexto específico, para su activación.

2.3.3. De la distinción entre deducción [subsunción] y ponderación:

El autor realiza una nueva apreciación a calificar ambas posturas de metonimias, toda vez que en cierto momento de la ponderación se recurren a las normas

existentes para poder darle solución al caso y viceversa en merito a que le propio juzgador al momento de realizar la subsunción se establece un parámetro legal por el cual el juzgador debe regirse, sea esta una sanción pecuniaria, privativa de libertad, algún beneficio que se le reconozca, etc. Es decir, tanto la ponderación como la subsunción se complementan mas no se suprimen mutuamente, debido a la imposibilidad del juzgador de poder aplicar una decisión arbitraria, dado que debe ceñirse a lo que dice el ordenamiento jurídico, donde concordamos con el referido a autor debido a que son escasos los procesos donde el juzgador se aparta por completo del ordenamiento jurídico, para dar una solución enteramente en base a los principios generales del derecho y a los valores del mismo.

Con lo anterior es importante señalar que si bien le juzgado en el caso de nuestro sistema jurídico se desprende la Constitución Política del Perú en su artículo 146 inciso 1 donde “el Estado garantiza a los magistrados judiciales su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley” por tanto es posible que el juzgador pueda apartarse de las normas positivas del Estado, empero dicha situación podría acarrear una situación de arbitrariedad y afectar la seguridad jurídica, de la cual debe gozar el Estado, más específicamente la predictibilidad en la justicia, es decir en saber que determinadas conductas o situaciones serán resueltas en base a criterios similares de casos análogos, de no aplicarse un criterio uniforme, no se podría garantizar que se resuelva el caso de una manera predecible,

sino que únicamente dependerá de la voluntad del juzgador para resolver tal situación, empero también es cierto la existencia de normas jurídicas tanto para posturas en favor como en contra, es que con motivo de no afectar el correcto desarrollo de un proceso judicial es que deben existir ciertos lineamientos por el cual el juzgador debe ampararse y se pueda garantizar en “debido proceso”, por ello es que a criterio compartido con el autor se puede señalar que en cierto punto [dependiendo de la complejidad del caso] tanto la ponderación como la subsunción son compatibles y no opuestas, obviando los casos complejos, donde la subsunción acarrearía un Estado de injusticia evidente y manifiesta, que pese a lo esbozado en el ordenamiento jurídico se deberá optar por la parte abstracta del Derecho para poder garantizarlo.

2.4. ¿QUÉ ES EL GENERO?

De forma directa y sencilla podemos obtener dos tipos de significado, tanto en sentido literal como académico

Para la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (en adelante “RAE”) género es: “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”¹²

En cambio, para la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (en adelante “OMS”) género es: “El género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en: <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=J49A> DOI . Consultado el [18 de agosto del 2019]

funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos. A su vez, esas desigualdades pueden crear inequidades entre los hombres y las mujeres con respecto tanto a su estado de salud como a su acceso a la atención sanitaria.”¹³

Con lo anterior podemos señalar que el género se refiere únicamente al aspecto abstracto de la persona, es decir dependerá del desarrollo emocional y mental que tenga determinada persona, y que mediante tal desarrollo permita identificar si su identidad concuerda con su apariencia física, en caso de discordancia entramos en el campo de la disforia de género, mismo que es señalado por la propia OMS en merito a que “La discordancia de género se caracteriza por una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo.”¹⁴

De ello se deduce que no basta únicamente la incongruencia entre la propia identidad con el aspecto morfológico de la persona sino que además necesita un diagnóstico médico, criterio que no es dicho por una interpretación jurídica sino que por el contrario proviene de la fuente directa de la medicina humana, por parte del organismo mundial especializado en la medicina, motivo por el cual el derecho debe incorporar dicho criterio al momento de resolver dicha incertidumbre o conflicto jurídico, en mérito a

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019), disponible en: <https://www.who.int/topics/gender/es/>. Consultado el [18 de agosto del 2019]

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019), disponible en: <https://icd.who.int/browse11/lm/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2f411470068>. Consultado el [19 de agosto del 2019]

que pese que el Derecho es el conocimiento humano rector entre los demás conocimientos, no puede imponerse sobre los mismos, sino que cada uno tiene un campo de especialización y desarrollo.

Donde se debe de apoyar en la ciencia para poder lograr el mejor resultado posible, de forma específica y literal se puede determinar un límite a la existencia de una disforia de género, la cual debe de ser diagnosticada o en su defecto evaluada por un experto en la materia (medico), sin embargo cuando entramos en el ámbito de establecer un interés por parte del individuo que el sistema jurídico le reconozca su identidad actual, para que en lo futuro el propia Estado lo identifique conforme a su propia identidad, es en ese punto que estamos ante otro estadio y será necesario tener que determinar si basta únicamente un diagnóstico médico para realizar el cambio de género o si por el contrario, es necesario realizar una suerte de valoración de los derechos y deberes en conflicto, los cuales son eliminados en cierta proporción para otorgarle otros.

2.5. SEXO:

La RAE lo define como “condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”¹⁵

Para la OMS lo señala como “(...) las características biológicas que definen a los seres humanos como hombre o mujer. Estos conjuntos de características biológicas tienden a diferenciar a los humanos como

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018) disponible en: <https://dle.rae.es/?id=XIApmpe>. Consultado el: [18 de agosto del 2019]

hombres o mujeres, pero no son mutuamente excluyentes, ya que hay individuos que poseen ambos.”¹⁶

De lo esbozado en este apartado se determina que el sexo al contrario del genero esta únicamente limitado al aspecto físico, morfológico y anatómico de la persona a diferencia del género, el cual es propio del desarrollo de la persona. Siendo el sexo una cualidad inamovible y estática del cual la persona no tiene voluntad de decisión sobre el mismo motivo por el cual no se puede tratar el cambio del sexo de la persona, sino que debe ser respecto al cambio del género, tal como lo propugna la legislación ecuatoriana conforme desarrollara más adelante.

2.5. IDENTIDAD:

Tenemos que para la RAE el concepto de identidad se limita al “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”¹⁷

Mientras que JIMENEZ GARCÍA lo define como “la identidad es el elemento esencial del ser humano “que representa la individualidad de cada uno y la potencialidad de desarrollarnos como personas y como parte de un grupo social, [...] así como gozar y ejercer las libertades y los derechos que el orden jurídico nos reconoce y otorga”. La identidad personal significa “ser

¹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018) “*La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo*”. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>. Consultado el: [18 de agosto del 2019]

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018) disponible en <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>. Consultado el: [18 de agosto del 2019]

en sí mismo, representado en sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona”.¹⁸

Asimismo la propia doctrina de del derecho nos señala la existencia de una dualidad en la identidad, siendo a) estática y b) dinámica, donde en la primera se tratará específicamente de características propias del individuo especialmente de su morfología, mientras que en el segundo se trata de los rasgos propios de la persona que se van perfilando y/o modificando con el desarrollo de la persona, es decir no existe una permanencia en el tiempo, es en un punto intermedio de ambos conceptos que interviene la disforia de género y posteriormente el cambio de género, debido a que el sexo se considera algo inamovible, condición que en la actualidad persiste sin embargo el aspecto psicológico y de identidad del cual se trata el género si muta con el tiempo.

2.6. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LAS PERSONAS TRANS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

El sexo en la actualidad se ha llegado a considerar como una característica mutable, conforme lo determine cada persona, es decir depende de la propia voluntad del individuo el poder modificar su sexo, bastando únicamente un nivel de convicción psicológica superior, sin embargo dicha convicción es suficiente para que pueda adquirir todos los derechos y deberes inherentes a su nueva condición, o será por el contrario, que es necesario la existencia de un tercer elemento que nos desvíe del apartado de sexo, sin generar nulidades o futuras responsabilidades

¹⁸ JIMENEZ GARCÍA, Hilda (2017) *“El derecho a la identidad como base para el ejercicio de los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes en situación de calle en la Ciudad de México”*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4632/9.pdf>. Consultado el: [19 de agosto del 2019]

extracontractuales, o si por el contrario reformulando lo dicho anteriormente, es que debe de existir un límite a dicho cambio.

En un primer punto es necesario señalar, que como operador jurídico y con mayor razón ciudadano, se observa una tendencia cada vez más creciente y apabullante, la protección del derecho de las personas, bajo una óptica rozando lo excesivo, debido a que se reconoce en efecto que toda persona tiene determinadas condiciones de seguridad y tranquilidad que deben de ser cumplidas, y con la facultad que tiene la persona de exigir las, empero, hemos llegado a tal punto, que en la actualidad se considera que antes de cumplir un deber-obligación es necesario exigir el derecho, como si los beneficios (debiéndose entender a los derechos como beneficios inherentes a toda persona) fuesen anteriores a las obligaciones, y por tanto cualquier argumento, persona o hecho que atente contra el pleno ejercicio de los derechos, es una conducta reprochable tanto moral como socialmente, incidiendo así en el Derecho, debido a que una conducta jurídica y razonablemente válida y óptima es criticada, debiéndose optar por interpretaciones más extensas del derecho y proteccionistas de lo normal. Dicha conducta, como es de observar constituye en un injusto, debido a que en mayor o en menor medida la presión social y política va a influenciar en la toma de decisiones jurisdiccionales, y ello genera que si bien se tome una medida que protege al derecho esto es temporal, debido a que no se logró razonar ni determinar, si efectivamente la medida adoptada es la mejor (test de necesidad), o si efectivamente era la única forma de cautelar el derecho (test de idoneidad), y si es que acaso no existe un tercero, aparentemente ajeno a la tutela del derecho, que se vea afectado (test de proporcionalidad en sentido estricto), siendo necesario reconocer que el tercero directamente afectado sería el propio Estado y la

sociedad, debido a que los documentos emitidos por el Estado tanto como el DNI como la partida nacimiento, manifestarían un estado jurídico ajeno a la realidad, toda vez que si bien posteriormente pudo lograr el cambio y reconocimiento jurídico pertinente de su nuevo sexo, es también preciso señalar que es una condición que ha adquirido mas no que sea originaria.

En definitiva, es claro señalar que el cambio de sexo no es una situación que pueda ser tomada a la ligera, debido a que hay que considerar las circunstancias previas y posteriores al hecho y a la toma de decisión por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que es un acto que marca un hito en la historia y desarrollo del individuo y como es que se va a relacionar con la sociedad y el propio Estado. Siendo necesario considerar que es en conflicto múltiples derechos, siendo por el lado de los requirentes de cambio de sexo el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, mientras que por parte de la sociedad y del Estado se ve afectada la seguridad jurídica la cual gozan los documentos emitidos por el Estado, en consecuencia, de ellos también se ve afectada el derecho a la información.

Conforme lo anterior también es preciso señalar el segundo punto mencionado, sobre los límites que puede presentar el cambio de sexo, y es de reconocer que el sistema penitenciario en la actualidad (peruana) realiza una distinción básica en base al sexo y demás características que pueden ser apreciadas directamente por la persona, siendo este punto el de vital importancia debido a que por es por excelencia el sistema penitenciario la cúspide de las obligaciones del individuo, debido a que sin distinción alguna toda persona es pasible de ser internada, con el previo proceso penal respectivo, con respeto de todas las garantías procesales, sin embargo es

claro reconocer el punto de inflexión debido a que se debe de considerar cual es el derecho a tutelar y que debe de primar, si por un lado el derecho adquirido y con ello sus repercusiones, como el internamiento al sexo jurídico que ostenta actualmente, o por el contrario para garantizar su seguridad, y el de los demás reos se debe optar por su sexo de nacimiento.

Con ello es claro señalar que también se manifiesta un problema al momento del internamiento, toda vez que una decisión jurisdiccional de esa magnitud, no incide únicamente en el aspecto positivo del derecho (ejercer sus derechos), sino también en las obligaciones que debe de cumplir en igualdad de condiciones al resto de personas, sin distinción por su sexo actual.

2.6.1. EL SISTEMA PENITENCIARIO Y EL CAMBIO DE SEXO:

Debemos reconocer en un principio cuales son los derechos en contradicción, por un lado, tenemos, la propia dignidad del reo, con la integridad física y emocional, así como su resocialización, mientras que por el otro lado se tiene el derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad adquirida.

Asimismo, debemos tener con claridad que el hecho de que una persona se encuentre dentro de un establecimiento penitenciario, no perjudica ni disminuye la condición de humano que tiene, como tal tiene los mismos derechos de libertad y dignidad humana.

Con lo anterior es que tenemos claro que existe un conflicto en dicho momento respecto a qué situación primar, su nueva identidad adquirida mediante un proceso judicial o si por la misma razón que origina el internamiento del reo, es que su identidad adquirida se ve suprimida:

a) Internamiento del reo en razón a su sexo actual; Dicha circunstancia genera diversas dificultades, respecto a los fines del sistema penitenciario, porque dicho sistema no está preparado para dar albergue a personas con cualidades diferentes, en especial si dicha diferencia, no es ni física ni psicológico, sino meramente de personalidad, y si la personalidad es lo suficientemente vital e importante para poder modificar o influir en el internamiento del reo, toda vez que también se debe considerar que en el derecho se maneje el principio de igualdad, y no resultaría lógico que por su condición de sexo jurídico adquirido, gozara de derecho diferentes a los propios reos.

a. Sexo jurídico adquirido: Dicha cualidad podría ser una salvedad a la postura señalada anteriormente, debido a que no nos encontramos antes una igualdad total, sino relativa, donde si bien jurídicamente son iguales, es que en la realidad no son iguales, por sea por su fisionomía o sistema endocrino, por tanto, existe una solución, el hecho de diferenciar el sexo biológico del jurídico.

i. Abuso del derecho: Sin embargo el hecho de considerar la existencia de un sexo jurídico y uno biológico pueda coexistir a la vez, genera mayores conflictos, porque en todo caso debería de darse una distinción entre la identidad que actúa en determinado acto, es decir si la naturaleza del acto únicamente exige un uso abstracto de la identidad se puede utilizar la identidad jurídica, si por el contrario se realiza un acto factico y real, y que por su propia naturaleza sea

necesaria la verificación o constatación física de determinado sexo, es que debería primar la identidad primigenia, dicha situación es lo que genera un abuso del derecho, al poder disponer la persona libremente de sus derechos, con el único límite respecto al cual sea más satisfactorio, perjudicando la noción de igualdad esbozada anteriormente.

b) Internamiento del reo en razón a su sexo primigenio: Ello nos lleva a considerar lo señalado con anterioridad, la co-existencia de dos identidades en el mismo individuo, donde es por la naturaleza del acto que se determinará cual es la identidad que debe de intervenir en el desarrollo y suscripción del acto, dicha conducta y método de solución se vuelve un injusto jurídico.

2.6.2. REALIDAD DEL SISTEMA PENITENCIARIO RESPECTO A LOS TRANSGENERO Y TRANSEXUALES:

Respecto a este punto es necesario señalar, que el sistema penitenciario de forma general y autónoma ante la propia presión social que existe sobre el tema de la identidad de género, es que optan por validar como “ciertas” las declaraciones del individuo respecto a si pertenece o no a determinado sexo, esto es, que basta la simple declaración unilateral del próximo reo, sobre su identidad de género para que se opte respecto a cuál es el internamiento adecuado para su resocialización, siendo, utilizado en situaciones para obtener un provecho del vacío tanto legal como jurisdiccional, donde puede existir un peligro en ambas situaciones esto es:

a) el reo adquiere el sexo masculino y es internado a una cárcel de hombres y b) la reclusa adquiere el sexo femenino y es internada a una cárcel de mujeres; en el primer caso la persona directamente afectada será el reo

transexual, donde su resocialización, se verá en peligro e igualmente su propia integridad física, debido a que es claro señalar, que el resto de reos brindarán un trato diferenciado por su condición de tal. Respecto a la segunda posición, la exposición de peligro es por parte del resto de reclusas, debido a que si únicamente se trata un transgénero auto proclamado o mediante sentencia judicial, se tiene que no es posible exigir una transformación anatómica para el cambio de sexo, bastando en la mayoría de legislaciones únicamente la pericia psicológica, o lo que requiera pertinente el juzgador, de tratarse que el internamiento ha sido realizado unilateralmente por la dirección del establecimiento penitenciario, son ellos quienes tendrían la responsabilidad de los daños producidos hacia los reos, debido a que sin dispusieron que dicho internamiento se lleve a cabo de forma únicamente declarativa, en cambio si se trata del fiel seguimiento de una resolución judicial de cambio de sexo, estamos ante un paradigma diferente, debido a que si bien el Estado seguirá siendo el responsable de dicha exposición en peligro, es el propio juzgador que en el caso concreto encontrar responsabilidad por sus “omisiones”, debido a que si autorizo el cambio de nombre en base a motivos y no de razones conforme lo señala RICCARDO GUSTINI “Los motivos son estados (o eventos) mentales o psíquicos: son los impulsos, las emociones, las actitudes, los sentimientos, etcétera, que inducen a tener una creencia, a sostener una tesis o tomar una decisión. [Mientras que] las razones son, enunciado del lenguaje que se aducen públicamente a condición o justificación de una tesis o de una decisión, en otras palabras, son las premisas de un razonamiento. Un razonamiento es, precisamente una secuencia de enunciados, en la que la menos un enunciado funciona como conclusión (tesis o decisión) mientras que los restantes funcionan como

premisas, argumentos o razones de sustento de aquella conclusión.”¹⁹ Es to es que el juzgador haya argumentado de forma defectuosa las razones que le impulsaron a tomar la decisión del cambio de género, debido a que una resolución judicial no debe estar sujeta a razones morales ni de teológicas, sino que en argumentos sólidos y razonables, es decir sigan una secuencia lógica que permitan determina los alcances de su decisión, siendo dicho alcance de la decisión la necesidad de determinar cómo es que se actuaría ante el posible internamiento del reo, y con dicha decisión se ponga en peligro a terceras personas.

Siendo en dicho momento que interviene la expresión ya mencionada del género, todos los caos hipotéticos antes señalados y referidos son plausibles de ser resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, con razón a la inclusión del término género por sexo en el documento de identidad, siguiendo el modelo ecuatoriano, toda vez que es el género el plausible de ser modificado por la libre voluntad de la persona, y del mismo que no se tiene un control.

Conforme a lo anterior se tiene a lo señalado por JOE LAIDLER “sexo se refiere a las diferencias innatas biológicas o físicas entre mujeres y hombres, lo cual incluye atributos biológicos relacionados a los órganos reproductivos como también a la anatomía física como la estructura del cuerpo, vello corporal y facial. Una clave diferenciadora entre los sexos, s que las mujeres pueden dar a luz. El sexo esta típicamente asociado con una característica innata, naces hombre o mujer. Género por el otro lado, está definido como las características sociales y culturales que asociamos

¹⁹ GUASTINI, Riccardo (2016) “¿Qué es la teoría del derecho? Editorial Huella Siete Sociedad Anónima Cerrada. Cusco-Perú. Primera Edición, p. 57

con ser varón o mujer. Estas características están unidas a nuestra apariencia y comportamiento”²⁰

Con ello tenemos la diferencia remarcada entre sexo y género donde es el género la cualidad que puede mutar entre hombre y mujer, mientras que el sexo no, debido a los impedimentos fisiológicos que presenta el propio organismo, por tanto, de requerirse un posible cambio, este debería darse sobre el género mas no del sexo, siendo el género el que permitiría se dé una alternativa de solución sostenible con el resto del ordenamiento jurídico.

2.6.3. DERECHOS DE LOS REOS Y SU INTERACCIÓN CON LAS PERSONAS TRANS

PELAEZ FERRUSCA²¹ no señala que en el internamiento del reo al establecimiento penitenciario se adquieren y mantienen los siguientes tipos de derechos (en razón a su origen normativo):

- Humanos, los relativos a su calidad de persona humana.
- Fundamentales, que son los derechos reconocidos en el texto constitucional, así como en los diversos documentos internacionales que siguen vigentes a pesar de la situación de reclusión.
- Específicos, son los derechos adquiridos por su condición actual de reos, toda vez que es con el internamiento que se adquieren derechos especiales, en razón a la reclusión.

Estos derechos están reconocidos tanto en legislación nacional como en documentos internacionales. (REVISAR ANEXO 01) Existiendo además un

²⁰ JOE LAIDLER, Karen “*Why Gender Matters*”. Hong Kong University [En línea] Disponible en: courses.edx.org/courses/course-v1:HKUx+Genderx+1T2019/courseware/c557f567ee70431bac9dda114a368d37/4e1f05574eb34ad491b6b922163f2ab5/?child=first. Consultado el [18 de octubre del 2019]

²¹ Íbidem p. 08

grupo de derechos negativos, estos son los que se ven restringidos o limitados durante la estadía de la persona en el establecimiento penitenciario.

2.6.4. DERECHO A LA VIDA:

Siguiendo a PELAEZ FERRUSCA²² nos refiere que el derecho a la vida no se limita únicamente a tener la condición de vivo es decir la supervivencia de las persona, sino que por el contrario en nuestro contexto actual y globalizado lo que se busca alcanzar es una adecuada calidad de vida, la misma que adquiere vital importancia en el entorno penitenciario, donde el propósito del internamiento es lograr la resocialización del reo, motivo por el cual se debe de garantizar una calidad de vida óptima para el cumplimiento de dicho objetivo.

No debiéndose garantizar únicamente la vida del propio reo, sino de toda persona dentro del establecimiento penitenciario, tal es el caso del personal de seguridad, así como de los visitantes, teniendo un claro ejemplo de lo señalado, el hecho suscitado en la ciudad de Tacna, Perú en el mes de agosto del año 2019²³, donde uno de los internos asesinó a dos personas que estaban de visita en el establecimiento penitenciario, pese a que tenía la condición de reo.

Siguiendo al autor anterior nos menciona que “el primer responsable de la vida de los internos en un centro de reclusión es el Estado, a través de la autoridad penitenciaria. Prácticamente, ninguna persona debería morir en prisión, excepto por el suicidio, cuyas razones aún resultan oscuras: la

²² Ibídem P. 10

²³ RADIO UNO (2019) “*Loco del martillo asesina a dos personas en el penal de Tacna*”. [En línea] Disponible en: <http://www.radiouno.pe/noticias/80810/loco-martillo-asesina-dos-personas-penal-tacna>. Consultado el [27 de octubre del 2019]

persona humana tiene el derecho de morir libre, en el sentido más práctico del término, es decir, fuera de estos centros.²⁴

Con lo anterior nos lleva a determinar que el derecho a la vida es un derecho que debe de garantizar la administración penitenciaria, toda vez que son los encargados directos de la administración del establecimiento penitenciario, así como de garantizar la seguridad de todo su personal, tanto en su calidad de reos, visitantes o el propio personal de seguridad, sin embargo cabe preguntarse si es potestad de la administración penitenciaria disponer de la totalidad de circunstancias que se presenten ante ella, y debe de resolverlas de la mejor manera, tal es el caso de la separación en razón de sexo, donde conforme se verá más adelante existen legislaciones donde se ha dispuesto unilateralmente por la referida administración, la mejor manera de actuar ante dichos casos, asimismo la existencia de normas específicas que refieren que la única declaración del reo de ser transgénero es suficiente para incorporarse al establecimiento penitenciario pertinente al género con el cual se siente identificado.

2.6.5. CALIDAD DE VIDA:

Donde es necesario considerar que los reos no son una especie ajena a los seres humanos, sino que gozan de sus derechos por el hecho de ser seres humanos, debiendo gozar de las condiciones mínimas para una sana convivencia entre los individuos comprendidos en el establecimiento penitenciario, garantizando de esa forma las condiciones habitables necesarias para preservar las condiciones habitables que permita lograr los fines del sistema penitenciario, tal como la resocialización

²⁴ PELAEZ FERRUSCA, Mercedes Ob. Cit. p. 12

La referida autora PELAEZ FERRUSCA menciona que “una de las medidas que es urgente poner en marcha en estos centros, y que va dirigida a paliar esta deficiencia, es la concepción de que la reclusión, con todo lo que implica, es un servicio público, no una oportunidad de venganza o castigo.”²⁵

Asimismo, considerar que no todo reo en el establecimiento penitenciario tiene una condena firme que señale su permanencia en razón de un castigo [punición], sino que se trata de una medida de seguridad para garantizar el debido proceso, tal es el caso de los reclusos por prisión preventiva. Siendo necesario considerar además que el sistema penitenciario sigue siendo una función del Estado, motivo por el cual, persiste el hecho de que le Estado debe de garantizar sus derechos mínimos tal como la dignidad del reo.

2.6.6. CONDICIONES DE HABITABILIDAD

Son las condiciones que permiten diferenciar al establecimiento de reclusión de aquel destinado a la resocialización del reo.

PELAEZ FERRUSCA nos hace mención que “la readaptación impone necesariamente cierta cantidad de espacio en función de los objetivos de la pena; es necesario un espacio en donde se promueva el desarrollo positivo del interno, como el trabajo, la capacitación y la educación, pero también un espacio para el esparcimiento y la promoción de la cultura; un espacio que promueva la participación individual y colectiva de manera pacífica y creativa.”²⁶

²⁵ Íbidem p. 16

²⁶ Íbidem p. 17

Por el mismo hecho de que se mantiene la dignidad humana, y lo que se pretende con el internamiento del reo, no es simplemente un castigo, sino que luego de su estadía en el sistema penitenciario, pueda reinsertarse en la sociedad, y ello no es posible si es que el entorno no es el propicio, esto es decir que no permita que durante su estadía se ofrezcan mecanismos o alternativas de resocialización,

2.6.7. DERECHOS DE LIBERTAD:

La referida autora nos hace énfasis que aun cuando la libertad ambulatoria se ha visto restringida por la naturaleza de la pena de prisión, no se suspende el derecho genérico a la libertad con todas sus modalidades, es decir, pervive para el interno el derecho a la libertad de pensamiento, de creencia, al libre desarrollo de su personalidad, a la asociación y reunión pacífica. Siempre que el ejercicio de estas libertades no altere el orden, ni interfiera con la libertad de otros.²⁷

Siendo quizás el derecho a la libertad el sustento más fuerte que ostentan los reos transgénero, sea mediante una auto declaración como la declaración judicial, debido a que el establecimiento penitenciario no debe de actuar como un limitador de dicha identificación, si bien presenta complicaciones a la propia administración penitenciaria, no es el referido sistema el encargado [ni ninguna persona ni autoridad] la encargada de determinar cómo es que debe de autodefinirse la persona.

2.6.8. DERECHO A LA READAPTACIÓN SOCIAL

La ya mencionada autora señala la existencia del derecho al tratamiento por el que se posibilita una adecuada clasificación, así como la

²⁷ Íbidem p. 18

instrumentación de los mecanismos re adaptadores, como la educación, la capacitación y el trabajo. En nuestro sistema, el termino readaptación social carece de contenido jurídico; sin embargo, debe rescatarse la idea de la reinserción productiva a la sociedad como derecho del interno sentenciado.

28

2.6.9. SEPARACIÓN POR RAZÓN DEL SEXO:

Conforme se ha venido señalando, se tiene que en nuestro sistema jurídico, el propio Código de Ejecución penal realiza una distinción de ubicación del reo en razón de su sexo, lo cual nos puede llevar a deducir que es en razón de garantizar un correcto tratamiento penitenciario, toda vez que tener ambos sexos dentro de un mismo establecimiento puede generar que dicha labor resocializadora se va impedida o limitada en mayor o en menor medida tal como lo refiere O'DONNELL “señala la escasez de jurisprudencia supranacional en esta materia, la que está limitada a ciertos casos de abusos por parte de oficiales en situaciones de detención irregular”²⁹

2.6.10. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

AROCENA Gustavo nos señala que “la exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Sin embargo, la especial situación que se

²⁸ Íbidem p. 21

²⁹ CITADO POR: CESANO, José Daniel (2007) “*Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*” Editorial Alvaro Ediciones. Primera Edición. Córdoba-Argentina. P. 249

pretende regular justifica una necesidad de control judicial más celoso, más atento.”³⁰

“Muchas veces los riesgos para los derechos fundamentales de los reclusos provienen de la sobrevaluada centralidad que la agencia penitenciaria atribuye a las cuestiones relativas a la seguridad, la disciplina y el orden interno en el establecimiento carcelario. En función de tales prioridades, no es infrecuente que el personal penitenciario ajuste toda su actividad al logro de un control estricto que evite posibles desviaciones del condenado, sin reparar en las eventuales afectaciones a los derechos del recluso que ello acarrea. Suele acudir, en muchos casos abusivamente, a un endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad, a través de medidas que, en tanto puedan resentir derechos fundamentales de los internos más allá de la afectación que permite la ley, resultan difícilmente compatibles, cuando no simplemente contrarias, a las finalidades resocializadoras que se pretende alcanzar.”³¹

Con lo anterior es que tiene una noción clara que es el juzgador quien debe de intervenir en el desarrollo del proceso de resocialización del reo, si bien no debe de hacerle un seguimiento minucioso y personalísimo si es necesario, que exista un control por parte del juzgador, sin embargo, dicho control no puede partir del propio juzgador penal quien condeno al individuo, toda vez que ya tiene un prejuzgamiento producto del proceso penal realizado y sentenciado por su persona, motivo por el cual se trata del juzgador encargado de la revisión durante el internamiento, ajeno al fuero penal; sin embargo tampoco es posible intentar atribuirle a tal juzgador la

³⁰ AROCENA, Gustavo A. () *“Derecho penitenciario discusiones actuales – El control Judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad – sobre la necesidad de control y de una magistratura especializada”*. Primera Edición. Editorial Alveroni Ediciones. Córdoba-Argentina. P. 72

³¹ *Íbidem* p. 73

tarea que determine cuál es el mejor establecimiento para e internamiento del reo, en razón a su condición de transgénero, debido a que no es el encargado de limitar ello, debido a que como se tiene señalado por el Tribunal Constitucional [EXP. 6040-2015-PA-TC] es el fuero civil el encargado de dicha tarea, asimismo de las diferentes legislaciones constatadas y que nos remitiremos posteriormente los fueros encargados de dicha tarea son tanto el civil y el administrativo.

SUBCAPITULO 2: LEGISLACIÓN COMPARADA

2.7. LEGISLACIÓN SOBRE EL CAMBIO DE SEXO:

2.7.1. ARGENTINA:

Que, mediante ley 26743 del año 2012 denominada Ley de Identidad de Género, se permite a la población argentina en general el cambio de sexo.

- Acreditar la edad mínima de 18 años.
- En caso de ser menor de 18 años es necesaria la autorización de ambos padres y del menor.
- Presentar ante el Registro Nacional de Personas una solicitud declarando que se encuentra bajo el amparo de la citada ley.
- Señalar en la solicitud su nuevo nombre.
- No es necesario acreditar intervención quirúrgica, tratamiento hormonal, psicológico o médico.
- No es un trámite judicial sino administrativo.
- En caso de una rectificación posterior a la realizada esta se hace por vía judicial.
- Dicho cambio es confidencial, únicamente accesible por los que tengan autorización del titular de dicha información o por orden judicial.
- El referido cambio no alterara la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudiera corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Como se observa para la legislación argentina, adquiere una postura *solemnitatem*, es decir basta con la manifestación de voluntad de la persona para que se realice el cambio de género, empero si bien facilita el

tracto jurídico, no significa que garantice la seguridad jurídica que deben de gozar los documento emanados por el Estado tal es el caso de los documentos de identidad, es en ese apartado que ser necesario determinar hasta qué punto es factible la satisfacción de un derecho individual sobre uno social, asimismo no se determinó si tal situación no generaría repercusiones a largo plazo, como es el caso del jubilado argentino, donde un señor a sus 59 años de edad decide cambiarse de genero para jubilarse con el género que ostenta actualmente, debido a que en la legislación de Argentina la jubilación de las mujeres es a los 60 años y de los hombres a los 65 años³².

Con lo anterior es que ha plasmado la afectación de la propia seguridad jurídica y tal como se ha señalado con anterioridad, la sobreprotección de un derecho sobre los deberes inherentes de los mismos genera una afectación a la sociedad, sobretodo en el caso señalado ya que dicho trabajador pertenece a la Administración Tributaria de Argentina específicamente en la Administración Federal de Ingresos Públicos, por tanto es palpable la afectación que le genera al Estado dicha situación, sin embargo es imperante considerar una situación diferente, es decir que el empleador no se trate del Estado sino de una particular (empresa privada) ello significaría, que el Estado le esta adicionando una carga económica al empleador para que permita garantizar los derechos reconocidos al individuo sobre los derechos que ostenta por su situación jurídica.

³² CLARÍN. *Tiene 59 años y es contador. Cambiade género para poder jubilarse a los 60 años*. [En línea] Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/cambio-genero-poder-jubilarse-60-anos_0_HJkmjzg5G.html. Consultado el [09 de septiembre del 2019]

2.7.2. ECUADOR:

El caso de Ecuador es peculiar, debido a que si bien permiten la modificación del sexo en su documento de identidad este no se hace en el apartado del sexo, sino que por contrario sustituye dicho término por el de género, ello conforme a su Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de fecha cuatro de febrero del dos mil dieciséis dispone en su artículo 94 que:

- La cedula de identidad contiene entre otros el dato de sexo.
- Por única vez al cumplir la mayoría de edad (18 años), la persona podrá sustituir el campo de sexo por el de género que puede ser masculino o femenino.
- Es necesaria la intervención de dos testigos que acrediten que el solicitante se identifica con el sexo diferente al de nacimiento por al menos dos años.
- Se puede solicitar conjuntamente el cambio de nombre.

Con lo anterior se tiene que, en el caso ecuatoriano, pese a que se considera un trámite meramente administrativo sin mayores requisitos que la intervención de dos testigos, dicho cambio no se realiza propiamente en el sexo, sino que, en el género, ello presumiblemente bajo la premisa de que el género es mutable a diferencia del sexo. Asimismo, dicha decisión debe de ser tomada apenas se adquiere la capacidad de ejercicio esto es a los 18 años.

2.7.3. BOLIVIA:

En el caso de Bolivia es con la Ley N° 807 del veintiuno de mayo del dos mil dieciséis en su Artículo 4 (Ámbito de aplicación y alcance) establece: “El alcance de la presente Ley es aplicable en todo el territorio nacional a personas bolivianas transexuales y transgénero, solteras, divorciadas o viudas, mayores de dieciocho (18) años de edad.” Restringiendo así el acceso a personas que no tengan pareja y solo a personas mayores de edad.

Además, en su Artículo 8. (Requisitos) exige que “Para solicitar el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, el o la solicitante deberá presentar ante el SERECI, los siguientes requisitos: Examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión”.³³

Sin embargo, el máximo tribunal constitucional de Bolivia determinó en octubre del 2017, declarando inconstitucional una parte de la norma la cual señala que la persona con cambio de género puede “ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales.”

Si bien la decisión asumida por dicho tribunal ha sido criticada por su aspecto limitador de derechos es menester su análisis para poder determinar si los criterios esbozados en la sentencia son en aras de amparar la seguridad jurídica o de garantizar la dualidad de los derechos con los deberes.

³³ LAMM, Eleonora Ob. Cit.

Por tanto nos encontramos nuevamente en la disyuntiva de la existencia de obligaciones inherentes a todo tipo de derecho o beneficio, motivo por el cual, el criterio adoptar tanto legislativo como jurisprudencialmente no puede limitarse únicamente a una propuesta declarativa de derechos, sino que debe de ser constitutiva, debido a que no se le otorga la propia calidad del género que tiene en la actualidad sino que además debe de considerarse su situación especial, debido a que no puede gozar de derechos cuyas obligaciones no ha cumplido por un periodo razonable que amerite la existencia de tales derechos.

Es con lo anterior, respecto a la Ley de Identidad de Género de fecha veintiuno de mayo del dos mil dieciséis – Ley N° 807, se planteó su inconstitucionalidad, siendo resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (en adelante “Tribunal de Bolivia”) con la sentencia constitucional plurinacional 0076/2017 la cual esboza lo siguiente:³⁴ Trata los temas acerca del cambio de género, dando dos apreciaciones de suma importancia:

a) respecto a la confidencialidad una vez realizado el cambio de género en el documento de identidad; respecto a este punto se tiene que en un primer momento señala la imposibilidad de que el cambio de género sea apreciable por el resto de la sociedad, ya que ello le causaría un grave perjuicio a la persona, asimismo constituirá un acto discriminatorio, sin embargo concluye en dicho extremo señalando que “en casos de competencias deportivas, y otras actividades basadas en distinciones de género masculino- femenino, que en definitiva se asientan en

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (2017). [En línea]. Bolivia-Sucre Disponible en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(qi0hylojxq3uo2knmpxc4ihv\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(qi0hylojxq3uo2knmpxc4ihv))/WfrExpedientes.aspx). Consultado el: 14 de setiembre del 2019

características físico-biológicas de los competidores o participantes, o cualquier actividad que tenga como fundamento el reconocimiento de dicha condición biológica, las personas que accedieron al cambio de dato de sexo, deberán brindar esa información de manera obligatoria, o en su caso, el requerimiento de tal información prescindirá del carácter confidencial.”³⁵ Es decir de darse la situación es necesario que la persona de a conocer su situación físico-anatómica verdadera, en razón a no causar un perjuicio a los demás debido a que puede encontrarse en una situación de superioridad o de inferioridad, sin embargo lo interesante de dicho argumento es que el Tribunal Constitucional de Bolivia, reconoce la necesidad de que cuando sea necesario actuar en base a las condiciones físicas del individuo, es necesario tener certeza total y absoluta de su circunstancia anatómica, caso contrario se estaría ante un injusto, sin embargo, vale preguntarse en este punto, si es que la ejecución de un acto en base a características físicas del individuo, es el único límite que posee el cambio de género, siendo una respuesta corta que no, empero es un comienzo, debido a que, el propio tribunal reconoce la existencia de un límite al cambio de género que hasta este punto es el ejercicio de acto en base al aspecto anatómico, ahora respecto al segundo punto de la sentencia resaltar es

b) los derechos adquiridos; siendo necesario remitir a la aclaración que realiza el propio Tribunal de Bolivia, con el Auto Constitucional Plurinacional 0028/2017-ECA del trece de noviembre del dos mil diecisiete, donde declara la inconstitucionalidad [en la sentencia matriz] del parágrafo II del artículo 11 de la Ley de Identidad de Género en su frase “... permitirá

³⁵ Idem

a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales” dicha inconstitucionalidad según la aclaración esbozada, es en merito a una interpretación literal de la norma, toda vez que se podía interpretar que quien accediera al cambio de género podría ejercer sus derechos en forma absoluta, es decir sin ningún límite, pudiendo afectar tanto a terceros individuales como a la propia sociedad, recalcando el Tribunal de Bolivia, que los derechos no son absolutos, y estos encuentran su límite, en los demás derechos de las personas. Toda vez que tiene los derechos reconocidos tanto por su texto condicional, como por los tratados internacionales, por tanto, al existir una situación de igualdad, es que el ejercicio de sus derechos no puede ser superior al de los demás.

Siendo importante este punto debido a que el Tribunal Bolivia reconoce que si bien el cambio de género otorga derechos, estos no son absolutos y que por el contrario estos encuentran un límite, sin embargo ese límite se materializa cuando interfiere el ejercicio de derechos de terceros, donde conforme hemos venido señalando, tal circunstancia incurriría en el abuso del derecho, siendo este el límite, sin embargo dicho límite no es tan palpable, siendo únicamente el escenario propuesto por el tribunal Boliviano, cuando se trate de constataciones físicas, dicha constatación física se plasma con el tema de investigación el sistema penitenciario, toda vez que dicho ámbito será el punto de quiebre donde se deberá determinar cuál es el establecimiento penitenciario más adecuado para el reo, siendo este el límite más claro del cambio de género.

Con lo señalado anteriormente de la sentencia del Tribunal Boliviano, es claro reconocer una circunstancia apremiante adicional, si la

confidencialidad del cambio de género es un derecho superior al de terceros, toda vez que es necesario ponerse en el supuesto que los documentos emitidos por el Estado gozan de veracidad de los datos que contienen, sin embargo si se diera el cambio de género, sin información adicional en el documento generaría error en el tráfico jurídico, sobretodo en el ámbito, privado donde el empleador requiere por necesidades de la labor a desempeñar a una persona de determinado género, donde conforme a los documentos presentados dicha persona sería mujer u hombre según corresponda, pero es en el caso donde no pueda cumplir a cabalidad con la función encomendada el cliente plantearía una queja, sin embargo dicha queja no podría recaer en el empleador, debido a que sería uno de los afectados por la falta y carencia de información del documento proporcionado por el propio Estado, y en caso sea el Estado quien señale que es el empleador quien debió garantizar la veracidad de los documentos, significaría que los documentos emitidos por el propio Estado carecen de veracidad y deben de ser comprobados en la realidad, acarreando consigo una afectación a la seguridad jurídica. Hecho que se manifiesta en los ámbitos de medicina, enfermería, donde existe un trato médico-paciente o enfermero(a)-paciente; y al tratarse del sector privado nos referimos a una clínica, y es el propio paciente que por su necesidad, recato o mayor comodidad requiera una persona de determinado género, y al ver que no se tratase del género pertinente se plasmaría la situación antes descrita, teniendo que quien genera el error no es el cliente ni el empleador [debido a que si este comunicase la situación de sus trabajadores, puede ser considerado un acto discriminatorio], por tanto dicha responsabilidad recaería en el propio Estado, por el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sin embargo dicho apartado no es el enfoque de la

presente investigación, debiendo ser un tema que se dejará para una próxima investigación.

2.7.4. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA:

MASTERPIECE CAKESHOP, LTD., ET AL v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION ET AL.

Los hechos del proceso se desarrollan en el año 2012, en el Estado de California, antes de la publicación de la ley que permite el matrimonio igualitario, sin embargo, son sancionados en primera instancia al haber violado “El Acta de Colorado de Anti-Discriminación”. Cuya acta dispone lo siguiente:

“It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation”³⁶

Es un práctica discriminatoria e ilegal para una persona, [quien] directa o indirectamente, se rehúse, retenga o niegue a un individuo o grupo, en razón de su discapacidad, raza, fe, color, sexo, orientación sexual, estado marital,

³⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2017) “*Masterpiece Cakeshop Ltd et al v. Colorado Civil Rights Commission et al*”. [En línea]. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf. Consultado el: 14 de septiembre del dos mil 2019

nacionalidad de origen, servicios, instalaciones, privilegios, ventajas o alojamiento de un lugar de uso público

Estando con lo anterior es que el demandado Masterpiece Cakeshop Ltd cuyo propietario y operador [representante] es Jack Phillips, quien es un experto pastelero y cristiano devoto, es en el referido año [2012] que los agraviados, la pareja homosexual conformada por Charlie Craig y Dave Mullins, le requieren su servicio de pastelero, para que les elaboré un pastel de bodas, rehusándose el demandante, en razón a que su fe se lo impide, sin embargo les señala que les puede ofrecer cualquier otro servicio, como preparación de tortas de cumpleaños, tortas de bautizo [shower cakes] así como venderles galletas y brownies. Donde se retiran los agraviados sin mayor complicación, sin embargo interponen demandada en contra del demandado ante un **Juzgado de Derecho Administrativo**, aperturando investigación la **División de Derechos Civiles**, quien apertura la investigación en agosto del 2012, bajo el argumento que el demandante le negó a los demandados “un servicio completo e igualitario” debido a su orientación sexual, y que dicha conducta es la practica estándar de su negocio, el no proveerle pasteles a las bodas homosexuales.

Descubriendo dicha División de Derechos Civiles, que el demandado ha negado múltiples veces a potenciales clientes por su orientación sexual, bajo el argumento que no puede crear pasteles a las bodas entre personas del mismo sexo sea para su ceremonia o recepción, porque sus creencias religiosas lo prohíben y debido a que esos potenciales clientes estaban cometiendo actos ilegales en ese tiempo. Habiendo negando dicho servicio específicamente a otras seis parejas, así como también en otra oportunidad le negó venderles cupcakes a una pareja lesbiana, que lo requerían para

celebrar su compromiso, señalando que el negocio de Phillips tiene como política “no vender productos horneados a las parejas del mismo sexo para ese tipo de eventos.”

Sin embargo Phillips contesta que requerirle que cree tortas para las bodas entre personas del mismo sexo violaría su derecho al libre ejercicio de religión, el cual es amparado por la primera enmienda de la Constitución estadounidense, siendo sancionado por el Juzgado de Derecho Administrativo, siendo su sanción la siguiente: “la Comisión le ordenó a Phillips el cese y desistimiento de actos discriminatorios en contra de... parejas del mismo sexo por rehusarse a venderles pasteles de boda o cualquier producto que le venderían a parejas heterosexuales. También ordeno medidas terapéuticas adicionales, incluyendo “entrenamiento al personal sobre comprensión a la sección de atención al público” y modificar toda política interna para el cumplimiento de esta orden.”

Ante esa decisión es que apela dicha resolución llegando a la **Corte de Apelaciones de Colorado**, el cual confirma la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado de Derecho Administrativo, bajo el argumento que requerirle a Phillips el cumplimiento del estatuto (Acta de anti-discriminación) no vulnera el ejercicio libre de sus derechos, negándose a aceptar el caso, lo cual sería la figura de la admisibilidad en nuestro sistema jurídico. Llegando a la instancia de la **Corte Suprema de los Estados Unidos** [de América], el cual concluye con la reversión del realizado por la Corte de Apelaciones de Colorado, siendo los fundamentos por los cuales señala que debe de proseguir el caso lo siguientes:

- Reconoce el conflicto entre dos situaciones:
 - La autoridad del Estado y sus entidades de gobierno para proteger los derechos y dignidad de las personas homosexuales, quienes estén o deseen casarse, pero enfrentan actos discriminatorios cuando buscan bienes o servicios.
 - El derecho de todas las personas de ejercer las libertades fundamentales bajo la primera enmienda aplicado a los Estados a través de la décimo cuarta enmienda.
 - Dichas libertades se resumen en la libertad de expresión y el libre ejercicio de la religión.
- La duración del caso desde su interposición hasta la resolución de la Corte Suprema ha transcurrido 05 años (2012-2017)

Con lo anterior es que la Corte falla en favor del demandado Phillips, debido a que reconoce que realiza un ejercicio sincero de su religión, y no es un mero pretexto para evadir las acciones legales, o para actuar en contra de las personas homosexuales, debido a que considera su oficio un arte, y como tal, es que a través de sus diseños plasma sus convicciones externas, sin embargo no puede hacerlo en el caso de los matrimonio homosexuales, debido a que según sus creencias religiosas en el cristianismo, cualquier forma de apoyo a la celebración de la pareja homosexual, va contra sus creencias, igualmente se ratificaba en el punto que cualquier otro servicio podía ser brindado sin ningún tipo de pretexto, teniendo como único límite sus propias creencias.

Igualmente, el Tribunal Supremo estadounidense, determino que el ejercicio de la religión es personalísimo y no es algo que pueda ser determinado por el Estado, esto se traduce, en que el Estado no puede determinar objetivamente que la religión es inferior a un derecho, en este caso al de la libre expresión, toda vez que cada persona tiene una percepción diferente del valor de sus creencias religiosas. Y que tampoco debe tomar la resolución del caso como un argumento válido para señalar que la creencia religiosa es superior a todo acto discriminatorio, sino que por el contrario serán los hechos proporcionados en el desarrollo del proceso lo que determinará dicha circunstancia.

Del desarrollo de dicha resolución se tiene en consideración un aspecto esencial, el hecho que unas personas pertenezcan a una minoría considerada social, política y/o culturalmente más vulnerable no es argumento suficiente para signarle que tienen derechos absolutos sobre todos los demás sino que por el contrario es necesario, que sus derechos se encuentren en el mismo nivel que los demás sin embargo será el caso concreto el que determinará, cual es el derecho que debe primar ser garantizado por el Estado, con la excepción de que cada caso es único y con una forma de desarrollo y planteamiento único, motivo por el cual una solución no puede ser aplicable, si es que los hechos o pruebas aportadas son totalmente diferentes.

Además, se tiene que, al derecho de género, en esta oportunidad en el ámbito de la orientación sexual, presenta su límite, respecto al derecho de los demás y a no realizar un ejercicio abusivo del mismo, criterio ya señalado anteriormente que es esbozado por Carlos Sessarego.

Debiéndose considerar que el error provino del legislativo, debido a que la norma expresamente prohibía los actos discriminatorios, en todo sentido, es decir era una norma que les reconocía derechos, pero no materializaba obligaciones a ese tipo de personas, como puede ser el presente caso desarrollado, donde si se hubiera negado a vender a las personas homosexuales todo tipo de producto dentro de su tienda sería un acto discriminatorio, sin embargo señaló que era capaz de proporcionar los productos necesarios siempre y cuando no se tratara específicamente de actos que estén destinados a celebrar la unión homosexual. Y es importante señalar que el error provino de la norma debido a que, por una interpretación deficiente, es que tuvieron que transcurrir cinco años para la resolución procesal del caso, toda vez que se desprende que dicho proceso debe continuar en la vía de la Corte de Apelaciones de Colorado.

No siendo correcto afirmar que el error proviene única y exclusivamente del legislador, sino de la propia cosmovisión del Derecho de Género, donde se considera que por ser un tipo “diferente o especial” de persona, sus derechos y obligaciones están en un nivel totalmente diferente donde los primeros deben de ser categorizados de manera superior, obviando el requerimiento de las obligaciones inherentes a sus actos. En este punto cabe la pregunta ¿hasta qué punto una minoría tiene única y exclusivamente los derechos mas no deberes especiales propios de categoría especial de persona?

Son los sistemas alemanes y españoles, los cuales se encuentran más adelantado a la regulación del cambio de género, y no a nivel de la jurisprudencia, sino ya del legislativo, al promulgar leyes específicas para normas dichos actos, teniendo que:

2.7.5. ALEMANIA

El 10 de septiembre de 1980 se publicó la ley que permitía el cambio de nombre y sexo de la persona, conforme a su propia voluntad, teniendo como antecedente inmediato una resolución del Tribunal Constitucional Alemán con fecha 11 de octubre de 1978, en donde en vías de protección de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad se autorizó el cambio de sexo en el registro civil de la persona, siempre y cuando se haya realizado operación quirúrgica irreversible de reasignación de sexo. La citada norma contiene los siguientes supuestos jurídicos:

A. Cambio de nombre

La modificación del sexo jurídico de la persona debe elevarse ante la jurisdicción cuando se dé cumplimiento a los siguientes requisitos: **a.** llevar tres años en situación de transexualidad irresistible, **b.** ser nacional alemán, apartida, refugiado o extranjero con residencia habitual en Alemania, **c.** tener 25 años cumplidos.

Para ello es necesario que se realicen peritajes con la finalidad de determinar la voluntad de la persona en mantener su nueva identidad. Asimismo, se garantiza el derecho a la privacidad de la persona en el extremo en que no es posible conocer su nombre anterior, con la excepción de que de su consentimiento expreso. No obstante, dicha figura se encontraría invalidada si es que la persona tuviese un hijo o contrajese matrimonio, ello debido a su percepción sobre la familia.

B. Adecuación sexual

En ésta hipótesis se parte de la base que la persona pertenece a otro sexo distinto al de nacimiento, previo el cumplimiento de los requisitos

mencionados atrás para el cambio de nombre además de los siguientes: **a.** no estar casado, **b.** ser incapaz para la procreación y **c.** modificación morfológica mediante intervención quirúrgica. Como consecuencia jurídica de esta transformación se tienen principalmente los siguientes efectos: uno, la persona transexual adquiere un estatus de acuerdo con su nuevo sexo; y dos, conservar la plenitud de sus relaciones de consanguinidad con sus padres e hijos que se hayan procreado u obtenido antes de la solicitud de cambio de sexo.”³⁷

En este punto respecto a Alemania, tenemos que si bien existe un mecanismo el cual permite el cambio sexo jurídico, este se realiza frente al órgano jurisdiccional, junto con determinados requisitos, los cuales son de vital importancia y es necesario analizarlos:

b. Llevar tres años en situación de transexualidad irresistible;

respecto a este punto tenemos que el propio Estado necesita un tipo de seguridad que garantice la voluntad y el interés de la persona, y este no sea parte de un situación esporádica o espontanea, ello para garantizar la seguridad jurídica de la persona y del Estado; asimismo será necesario determinar si este método es el adecuado, ya que cual es el mecanismo reconocido por el cual se acredita que una persona es transexual, con una declaración jurada y un lapsus de tres años, una terapia psicológica que acredite la disforia de género, siendo estos últimos dos los que permiten la fiabilidad del proceso.

c. ser nacional alemán, apartida, refugiado o extranjero con residencia habitual en Alemania; nos encontramos en un

³⁷ LOZANO VILLEGAS, German Ob. Cit.

apartado interesante, ya que no ampara el abuso del derecho, es decir, no puede recurrir un extranjero “ordinario” a requerir su fuero judicial el cambio de género, por tanto para permitir tal cambio y poder garantizar la seguridad jurídica y su supremacía como Estado es que dispone que el cambio se realice únicamente a los alemanes de nacimiento, o en su defecto sean extranjero “especiales”, es decir cuenten con la residencia, hayan adquirido la nacionalidad, refugiados; evitando así que cualquier persona recurra su fuero únicamente para solicitar el cambio de género, para luego pretender su reconocimiento en su país de origen.

- d. tener 25 años cumplidos;** este es otro punto importante debido a que en Alemania de igual forma la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, si embargo para requerir el cambio de género, se necesita mayor edad, para poder garantizar la certeza suficiente del solicitante, a fin de que el cambio se realice bajo la correcta “cosmovisión” y no por el ímpetu del momento.

No estando conforme con lo anterior es que se necesitan requisitos adicionales como:

- **no estar casado**, señalándose, así como limite al cambio de género la institución del matrimonio, donde si bien su legislación no limita sus derechos individuales, si lo hace en materia de derechos “sociales” como por ejemplo el matrimonio.
- **ser incapaz para la procreación**, garantiza la figura de la familia, sobre el derecho de la libertad de la persona, criterio quizás limitativo de los derechos de la persona, sin embargo, se reconoce la

existencia de un límite de cambio de género, más allá de los aspectos anatómicos y morales actuales.

- **modificación morfológica mediante intervención quirúrgica**, requiriendo una transformación completa, caso contrario no podría darse el cambio de género, en razón a que no se ha superado la valla de la identidad estática.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA³⁸: La ley alemana prescribe que una vez quede ejecutoriada la sentencia el demandante debe considerarse que pertenece al sexo contrario a aquel con el que nació, por lo que gozará de los derechos y deberes de su nuevo sexo, salvo disposición contraria de la ley.

2.7.6. ESPAÑA

“(…) se tiene del Decreto 1917/ 1986, artículo 21 Registro Civil se establece que la rectificación del sexo es de carácter privado y por lo tanto, no es susceptible de publicación. La jurisprudencia ha sido un instrumento de vital importancia para el desarrollo del cambio de sexo. La primera providencia sobre el tema data del 2 de julio de 1987 en el cual el Tribunal Supremo reconoció el cambio de sexo y adecuación del nombre respectivo, aunque limitó los efectos de la declaración para la realización de ciertos contratos entre los que se incluye el matrimonio. Posteriormente, en sentencia del 3 de marzo de 1989, se eleva ante el Tribunal Supremo una solicitud de protección por vulneración al libre desarrollo de la personalidad por causa de la inscripción en el Registro Civil del actor, puesto que corresponde a un sexo diferente al que éste psicológicamente posee. Frente a ello, el alto

³⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015) *“Derecho a la Identidad Personal”*. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Perú. P. 333

tribunal concluye que el sexo psicológico es que el determina el comportamiento individual y social del individuo motivo por el cual éste criterio debe prevalecer sobre el sexo biológico establecido en el Registro Civil, y en consecuencia se autoriza el cambio de sexo al actor. Como criterio de argumentación, valga precisar, el Tribunal acude al recurso de la ficción como figura para atribuir a un sujeto un tratamiento jurídico necesario o justo; en la medida en que considere debe realizar una ficción para darle al hombre en este caso una identidad de mujer para proteger sus derechos. En conclusión, puede decirse que, en el derecho español, el reconocimiento de la transexualidad tiene los siguientes caracteres.

- **Primero:** Su naturaleza judicial, es decir, no puede por vía administrativa llegarse a la modificación de sexo y del nombre.
- **Segundo:** Se da prevalencia al sexo psicológico sobre el morfológico bajo la protección del libre desarrollo de la personalidad.
- **Tercero:** Frente a la disyuntiva médica sobre los diferentes tipos de sexo e insoluble desde el punto de vista jurídico, la jurisprudencia ha desarrollado el paradójico criterio de la ficción para argumentar sus decisiones.
- **Cuarto:** El tema del matrimonio ha sido una limitante establecida para las personas transexuales.³⁹

Teniendo la importancia de la jurisprudencia, debido a que si bien el legislador también resuelve conflictos e incertidumbres jurídicas, esto se realiza meramente después de la plasmación de problemas continuados en la realidad, que ya no pueden ser inobservados por el Estado, por tanto se

³⁹ LOZANO VILLEGAS, German Ob. Cit.

requiere que dicha conducta o acto sea legislado, para poder tener un mayor control sobre el mismo, igualmente que los avances del derecho no se realizan en el plano dogmático puro, sino que por contrario es necesario contemplar a la realidad, para observar sus problemas actuales y ser resueltos con posterioridad [legislativamente], por ello la vitalidad de que en vía jurisdiccional se asuman ciertos criterios que garanticen con fiabilidad y veracidad el cambio de género.

2.7.7. SUECIA:

Siguiendo al maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴⁰ señala que el cambio de sexo en Suecia se dio mediante ley de fecha veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos que señala lo siguiente:

- Es procedimiento administrativo.
- Solo es peticionada por un ciudadano sueco que no sea casado.
- El peticionante debe tener 18 años.
- De tratarse de un niño mayor de 12 años, la solicitud no puede ser presentada sin el asentimiento del menor.
- El solicitante debe haber sido previamente esterilizado o demostrar que es incapaz de hacerlo por algún otro motivo.
- El solicitante debe demostrar que desde su adolescencia no ha actuado de conformidad con su sexo adquirido al nacer. Con la finalidad de presumir que en un futuro vivirá de esa misma forma.
- No exige una intervención quirúrgica.

⁴⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015) *"Derecho a la Identidad Personal"*. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Perú. P. 315.

Respecto a la legislación sueca se puede decir que forma práctica que es mecánica, es decir no existe mayor capacidad de decisión ni deliberación, como todo proceso administrativo basta únicamente el cumplimiento de ciertos requisitos para obtener lo petitionado, no existiendo sustituciones o argumentaciones de por medio, sin embargo también es de señalar que los requisitos plasmados por su normativa no resultan del todo fácil de cumplir, ya que si bien aparentemente son solo una serie de requisitos, estos tienen como finalidad impedir que en un futuro el solicitante decida retractarse de su decisión, ya que se puede inferir que de obtenerse el cambio de sexo bajo su legislación esta es de por vida, no existiendo posibilidad de retornar al sexo originario y aun si se lograra conseguir ya no se estaría hablando de una calidad de vida digna.

2.8. INDONESIA - PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

“Los Principios fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados, ONGs y otros. El profesor Michael O’Flaherty, Relator del proceso, hizo importantes contribuciones al redactar y revisar los Principios de Yogyakarta.

Un evento clave para desarrollar los Principios fue un seminario internacional que se llevó a cabo en Yogyakarta, Indonesia en la Universidad de Gadjah Mada del 6 al 9 de noviembre del 2006, y en donde

participaron muchos de los expertos en leyes mencionados. En ese seminario se aclararon la naturaleza, el alcance y la implementación de las obligaciones de derechos humanos contraídas por los Estados en relación a la orientación sexual y la identidad de género, en virtud de los tratados y leyes de derechos humanos existentes.”⁴¹

Se trata de la forma en que han sido materializados la inclusión o amoldación de los Derechos Humanos al enfoque de género, debido a la necesidad de tener un criterio específico, respecto al cómo es que deben de estar orientado los Derechos Humanos, en un aspecto tan sensible y dispuesto a controversias como lo es el enfoque de género y su orientación sexual.

Siendo importante en el sentido de que ahora existe un criterio por el cual el juzgador o legislador debe orientarse para no causar un menoscabo a los derechos de identidad y ejercicio de su libertad sexual, sin embargo si bien se tiene que dichos principios emanan de una acuerdo entre diversos expertos en la materia, estos principios no tienen sustento jurídico, en el sentido de que se asemeja más a la doctrina que un elemento de vital importancia, al carecer de ese respaldo que le otorga una validez jurídica.

Por tanto si bien dichos principios revisten de cierta lógica y sustento su aplicación no es de carácter imperioso, e igualmente su aplicación como documento vinculante o cierto, acarrearía complicaciones procesales y jurídicas, por tanto no es un sustento jurídicamente válido que permita determinar que el enfoque esbozado en dicho documento sea la forma en

⁴¹ Sobre los principios de Yogyakarta [En línea] Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>. Consultado el 08 de septiembre del 2019

la cual se debe de concebir la aplicación y ejercicio de los derechos en los ámbitos de la identidad de género y orientación sexual.

Sin embargo dichos derechos carecen de lo señalado hasta el momento, es decir se considera de forma excesiva la consideraciones de más beneficios [derechos] a aquellas persona que son “desiguales”, sin embargo es claro reconocer que dicho enfoque es errado, debido a que no se trata de que exista una igualdad, sino una situación de equidad, además de considerar que no se pueden otorgar excesivos beneficios sin contemplar una forma en la cual estos deban de ser retribuidos al resto de la sociedad.

Conforme lo señala CARMEN MARSAL “Los Principios de Yogyakarta no buscan simplemente el respeto hacia quienes se consideran homosexuales. Quieren crear un nuevo modelo social a través de la invención de presuntos derechos para estas personas, que se resumirían en la consagración de las prácticas homosexuales como supuesto derecho humano. Pretenden que la legislación internacional de derechos humanos sea aplicada de manera especial a las “personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género”. Y al concretar cómo quieren que se lleve a cabo esta tarea, reinterpretan los derechos humanos y afirman nuevos derechos inexistentes que atribuyen específicamente a las personas que se consideran homosexuales. He aquí el fin de la universalidad de los derechos humanos. Es más, al redefinir los derechos y crear privilegios

para quienes dicen ser homosexuales, el resultado es la discriminación del hombre y la mujer, así como de la familia.”⁴²

Es decir se incurre en un abuso del derecho, toda vez que si bien se reconoce que deben de existir una manifestación por parte del Estado que le permita a los desiguales ostentar una situación de igualdad, tampoco es plausible asumir la postura que el resto de la sociedad u ordenamiento jurídico incurre en error y por tanto se genera un grave perjuicio a la persona, siendo necesario que el presunto perjuicio sea amparado en demasía desconociendo el resto de derechos, de suscitarse el caso de conflicto en un proceso en específico, se deberá recurrir a los mecanismos de interpretación, ponderación y proporcionalidad respectivos, debido a que no se puede determinar o catalogar de superior un derecho.

Si bien es importante la existencia de doctrina que permita determinar cuál es la orientación jurídica que se debe de seguir, es erróneo otorgarle fuerza normativa a un documento que carece del mismo, en merito a los diversos documentos analizados sobre el tema de cambio de género, mencionan a los principios Yogyakarta como norma vinculante y de observancia obligatoria, ello incurre en error toda vez que como se ha señalado generaría una suerte de incertidumbre jurídica, así como la afectación del resto de derecho jurídica y válidamente reconocidos, los cuales merecen de ser amparados por el Estado.

Con todo lo anterior se puede señalar que la posición de garantizar los derechos de los individuos sobre sus obligaciones inherentes acarrea una

⁴² MARSAL, Carmen (2011) *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*. [En línea] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a07.pdf>. Consultado el [09 de septiembre del 2019]

suerte de incongruencia, por tanto esta incongruencia es aún más remarcada en el contexto del sistema penitenciario, toda vez que en ese extremo ya no se trata de un perjuicio meramente económico o de la seguridad jurídica, sino que se trata de la seguridad e integridad de los individuos, toda vez que el sistema penitenciario representa la cúspide de las obligaciones a ser cumplidas por el individuo, el mismo que es ordenado y esbozado por el propio Estado, sin embargo, sino se considera dicha posibilidad de responsabilidad como un posible jurídico se estaría dejando de lado lo señalado innumerables veces a lo largo de este documento la afectación de la dualidad de derecho-deber, toda vez que es este deber el cual será determinado en el internamiento al sistema penitenciario, y poder determinar con certeza a donde es que corresponde el individuo, si al género primigenio o al que ostenta actualmente.

De no garantizarse este deber, las afectaciones serán sumamente graves, como tampoco se puede concebir la situación de la creación de un tercer sistema penitenciario que sea únicamente para las personas con disforia de género, debido a que existen múltiples disforias de género y todas estas no pueden ser amparadas ni cubiertas por el Estado en razón a que generaría un abuso del derecho irremediable e insostenible económicamente por el Estado, si bien resulta una de las opciones más “sencillas y lógicas” no es la más sensata, si se traslada al campo del garantismo, y de los derechos humanos, debido a que la afectación es sumamente apreciable.

Ello en razón a que existiría una discriminación, debido a que el cambio de género lo realiza el individuo para ostentar la misma situación jurídica del género actual, sin embargo tal como se ha venido desarrollando es

evidenciable que no es posible tener la misma calidad jurídica del género actual, debido a que dicha situación generaría una suerte de desventaja en contraste con el resto de la sociedad, complementándose con la frase aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

SUBCAPITULO 3: DERECHO - DEBER

2.9. DETERMINANTES DEL CAMBIO DE GÉNERO:

2.9.1. Abuso del Derecho:

Siendo necesario definir al abuso del derecho como “quien abusa de un derecho, quien hace uso del mismo de modo contrario a las prescripciones de las normas jurídicas, específicas o genéricas, denota un comportamiento que se disocia de la juridicidad y que es, además, inmoral por antisocial. Al lesionarse el valor solidaridad, cristalizado a través del conjunto de principios y normas del derecho positivo, se atenta, simultáneamente, contra el derecho- en sentido valioso- y contra la moral. Es decir, se lesiona la conciencia jurídica colectiva. Quien obtiene ventajas o beneficios a costa de una conducta abusiva en relación con cualquier derecho subjetivo patrimonial, que ocasiona un daño a intereses ajenas, está obligado a repararlo.”⁴³

De ello se desprende que no es posible únicamente cautelar los derechos personales de una persona, donde si bien el Estado los reconoce y garantiza un nivel de protección este no puede ser superior a los propios derechos de las demás personas así como tampoco perjudicar al resto de la sociedad, motivo por el cual cuando se suele referir al abuso del derecho no es únicamente un ejercicio excesivo de las facultades de determinado derecho sino que también la omisión del mismo, donde no es enteramente una acto ilícito sin embargo el mismo afecta al correcto desarrollo de las demás personas.

⁴³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1999) *Abuso del Derecho*. Editorial Jurídica GRIJLEY. Segunda edición. Lima, Perú p. 09

Según lo refiere CUENTA ORMACHEA “el fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos.

No puede existir un grupo social en que haya únicamente sujetos titulares de derecho, así como tampoco puede haber una sociedad en que los hombres estén exclusivamente sujetos a cumplir deberes.

Debe tenerse presente que la limitación del derecho subjetivo de una persona no sólo está determinada por el interés de la sociedad o del Estado, sino, también, por el interés individual del titular de otro derecho subjetivo que necesita el respeto a su derecho para mantener su dignidad de persona o sea el ejercicio de sus facultades y poderes propios cuyo desconocimiento importaría la degradación de su estado de persona.”⁴⁴

De modo tal que el referido ejercicio abusivo puede acarrear situaciones indeseables o perjudiciales, donde si bien no existe un perjuicio “material” si uno de tiempo o vida, tal es el caso de *Masterpiece Cakeshop, LTD., ET AL., PETITIONERS v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION, ET AL.* El cual es un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos donde el meollo del conflicto era debido a que un pastelero se negó a elaborar un pastel a una pareja homosexual por sus creencias religiosas [cristianismo], hecho que sucedió en el 2012, el cual ha sido resuelto por la Corte Suprema el 04 de Junio del 2018, es decir unos 06 años de litigio aproximadamente, donde los motivos por el cual

⁴⁴ CUENTAS ORMACHEA, Enrique. “El abuso del derecho”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085322.pdf>. Consultado el: [19 de agosto del 2018]

el pastelero se negó son meramente en base a su libertad religiosa al impedirle su religión, mientras que los accionantes señalaban que se trataba de un acto discriminatorio por parte de la pastelería, ello repercute en el campo del abuso del derecho debido que pose o no libertad es una empresa privada y como tal tiene la potestad de decidir a quien atiende y a quienes no, ello se reduce más que todo a que si las personas rechazadas por la pastelería fuesen heterosexuales, el caso no habría llegado a tal instancia judicial o por el mismo se habría recurrido a otra pastelería, ya que existe un libre mercado y la oferta de productos no escasea, sin embargo la lógica del accionante de pretender que cualquier negación a su persona es en razón a su propia orientación sexual e intentar sancionar un acto propio de ejercitar un derecho que no genera ningún perjuicio material porque la negativa no genera ningún perjuicio, tal situación es el ejemplo más claro que se realiza un uso abusivo del derecho cuando se tratan de minorías, donde en un principio no se considera las obligaciones que deben de tener hasta que su posición se consolida en la realidad y jurídicamente, sin embargo conforme se ha señalado tampoco se puede obviar que no se debe amparar únicamente a las minorías sino que a todas las personas y a la propia sociedad, ya que lo que se busca en un Estado es una situación de igualdad o en su defecto equidad –el cual debe estar justificado- mas no de otorgar ciertos beneficios a un tipo especial de persona haciendo una diferencia entre los demás ello desmerecería todo el propósito del Derecho actual el cual señala que lo único que se necesita es ostentar la condición de ser humano para ser merecedores de derechos, donde si bien existe la interpretación de Aristóteles de la justicia donde se debe *“tratar igual a los iguales y desigual a los*

desiguales” cuando nos referimos a los derechos no existe un derecho superior a otro, sino la existencia de cautelar un derecho que se afectado o se verá afectado en un futuro.

2.10. PROCESO JUSTO:

2.10.1. Garantismo:

Para MARIO A. CATTANEO el garantismo es “la teoría de las garantías judiciales, políticas, constitucionales, para tutelar a los ciudadanos de la eventual arbitrariedad y de las prevaricaciones de los detentadores del poder político”⁴⁵

Para GIOVANNI TARELLO el garantismo significa “aquella actitud que tiende a aumentar obstáculos, a elevar barreras, a aumentar rémoras en contra de los poderes máximos en la organización jurídica, o sea de aquellos poderes que son máximos para determinar el cambio jurídico”⁴⁶

Es con lo anterior que tenemos que el garantismo se trata de un campo del derecho donde se aplica de forma intrínseca una valoración de determinados principios, hechos y valores, en el sentido que se determina que para la existencia de una relación justa acorde al derecho es necesario que una de las partes vea afectada sus derechos como sujeto activo, sea en el campo penal como denunciante, campo civil, laboral, etc. como demandante entre otros.

Ello debido a que es necesario que la contraparte invocada involuntariamente dentro del proceso tengas las posibilidades de

⁴⁵ Citador por ALVAZZI DEL FRATE, Paolo (2016) *Garantismo y Proceso Justo*, Editorial Huella Siete S.A.C. Primera edición. Cusco-Perú. p. 13 y 14

⁴⁶ Ídem

defenderse y poder actuar (responder) contras los hechos, acusaciones y/o afirmaciones del sujeto activo.

Asimismo, no se limita únicamente a las relaciones entre los particulares, sino entre las relaciones de lo públicos con los privados, porque recordemos que toda vez que el Estado es invocado como parte de un proceso, este ya no actúa como el Estado en sí mismo, sino que interviene como una parte más del proceso.

Con esto en mente es menester señalar cuales la función del garantismo dentro del problema planteado del cambio de género, su implicancia se resume en evitar lo descrito anteriormente un abuso del derecho, porque si bien la parte solicitante tiene el derecho a requerir un cambio para permitírsele un mejor desarrollo de su identidad y personalidad, es claro que no existe una afectación objetiva, sin embargo si subjetiva, debido a que la responsabilidad recae enteramente en la responsabilidad, por consecuencia del propio Estado, con motivo de que lo que se pretende es que se reconozcan derechos propios que no ostentaba ni ostentaría por la condición adquirida en su nacimiento, sin embargo, producto del desarrollo de su personalidad es que la misma muta y da como resultado que requiera un cambio de su situación jurídica, donde se afecta subjetivamente al resto de la sociedad, debido a que al momento de decidir el juzgador el respectivo cambio de genero se centra únicamente en el aspecto positivo del derecho, lo que son los derechos, sin embargo no se analiza las obligaciones que acarrea, y de ser el caso hasta que nivel es que puede asumir las obligaciones el demandante, o si por el contario es una suerte de

hibrido entre los derechos y obligaciones de ambos géneros, o se presenta una sustitución de sus derechos y obligaciones. Y tal razonamiento se debe en esencia a uno de los elementos del garantismo, el derecho a la defensa, del contradictorio, ay que como se ha mencionado un proceso de cambio de cambio de género tiene una parte afectada, y al existir un ente afectado es que surge el derecho al contradictorio o a la defensa.

Garantía procesal que se desprende desde épocas remotas, sin embargo, su intervención dentro de un proceso según lo señala ALVAZZI DEL FRATE *“en Francia la tesis [de la contradicción] fue confirmada por una célebre sentencia de la Corte de casación de 1828, donde se afirmaba que <<siendo la defensa un derecho natural, nadie debe ser condenado sin haber sido escuchado y puesto en condición de defenderse>>. Esto representó la señal más clara del acogimiento en el derecho positivo, de un precepto de derecho natural.”*⁴⁷ Teniendo de esta manera que el derecho a la contradicción o a la defensa se encuentra amparada desde hace más de un siglo, sin embargo en la actualidad para garantizar una correcta tutela jurisdiccional efectiva, se ha incorporado en nuestro sistema jurídico la existencia de procesos no contenciosos, donde se asume que no existe una parte afectada, motivo por el cual no es necesario el desarrollo de un proceso judicial donde se ampare el derecho a la defensa, sin embargo conforme se ha venido señalando un proceso de cambio de genero si existe una parte afectada, siendo un imposible jurídico procesal realizar un proceso no contencioso,

⁴⁷ Ibídem p. 42

concordante con lo esbozado por el máximo intérprete de la Constitución peruana en la sentencia N° 6040-2015-PA/TC, sin embargo diferimos de lo dispuesto por el máximo intérprete de la constitución al señalar que el proceso de cambio de género debe de realizar por la vía más breve de la rama civil, siendo este por vía sumarísima, donde si bien existe un derecho que debe ser tutelado por el Estado, su dilucidación no puede realizarse bajo los parámetros establecidos para esa vía según la norma procesal correspondiente (Código Procesal Civil). Toda vez que se debe garantizar un correcto ejercicio del derecho invocado numerosas veces el de la contradicción, situación que no es amparada ante la existencia de una única audiencia donde se desarrolla la parte central del proceso.

Que la locución del **proceso justo** es reciente, al ser utilizado y difundido posterior a la promulgación de la Convención Europea de Derechos Humanos del cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta, donde en su artículo 6 establece el *Right to a Fair Trial* que se traduce en el “derecho a un juicio justo”, sin embargo como institución jurídica como tal deriva del *ue Process of law* que a su vez proviene del *Legale iudicium* emanado de la Carta Magna de 1215 de Juan sin Tierras el cual señalaba en su párrafo 39 según ALVAZZI DEL FRATE “ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”.⁴⁸ Mientras que en el párrafo 40 menciona que “a nadie

⁴⁸ *Ibidem* p. 51

venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia”⁴⁹, sin embargo la expresión de forma literal de *Due process of law* se incorpora a derecho en 1354 en el *Statum de anno vicésimo octavo* del rey de Inglaterra Eduardo III. Surgiendo la institución como tal en la legislación francesa pese que sus antecedentes se remontan a Inglaterra, dando lugar a lo que se conoce en el *common law* *due process of law*, o en nuestro sistema hispano como *debido proceso*.

2.11. DEBERES:

Se tiene conocimiento de la corriente actual del derecho el cual se desarrolla en base a las bases del iusnaturalismo ampliadas y superadas por el actual Neo constitucionalismo, sin embargo en todo el devenir de la cultura jurídica actual, se señala única y exclusivamente a existencia de derechos, sin embargo es lo único que adquiere la persona ¿beneficios?, debido a que la fórmula básica en todo sistema de vida es que debe de existir un balance entre los beneficios y facultades que ostente un individuo, con su contraparte negativa que se resume en la existencia de deberes u obligaciones, que son los aspectos de obligatorio completo del individuo si quiere ser merecedor de tales derechos, caso contrario no puede ostentar los derechos como tal, debido a que incurriríamos en un abuso del derecho, donde a determinado grupo social se le reconocen múltiples beneficios, sin embargo no se le reconoce su contraparte negativa, las responsabilidades inherentes a tales beneficios. Premisa que nos lleva a señalar otro punto importante,

⁴⁹ Idem

¿si es que las minorías son la excepción a la regla derecho-deber?, pregunta que será desarrollada más adelante.

Sin embargo, conforme a lo desarrollado por RUIZ RODRIGUEZ se tiene la existencia de dos tipos de derechos unos objetivos y otros subjetivos, “El primero designa la cosa o conducta que se debe a otro; mientras que el segundo indica la facultad del titular del derecho respecto de lo justo objetivo (cosa o conducta) que se le debe. Un derecho subjetivo —observa Squella Narducci— no es otra cosa que una facultad o pretensión justificada que es atribuida a un sujeto de derecho, o a toda una clase de sujetos, frente a otro u otros sujetos a quienes se impone un deber u obligación correlativa. En otros términos, poseer un derecho subjetivo significa estar en posición de exigir de otros un determinado comportamiento o alguna cosa, que pasa a ser, si se quiere, el contenido del derecho subjetivo de que se trate.”⁵⁰

Lo anterior nos remite a determinar que al adquirir un derecho también se adquieren obligaciones de forma recíproca, los mismos que deben de ser cumplidos si es que se pretende ejercer tales derecho [debiéndose entender el verbo ejercer tanto en la capacidad de goce como de ejercicio] motivo por el cual en aras de mantener una armonía jurídica entre las circunstancias apremiantes del derecho es que se debe de garantizar un correcto balance y equilibrio entre lo que son los beneficios y responsabilidades que se traducen en los derechos y deberes de la persona.

⁵⁰ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio (2011) *Derechos humanos y deberes*. México. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2011000200_006. Consultado el [26 de agosto del 2019]

“Según Cruz Parceró, los conceptos de "derecho" y "deber", no son entendidos siempre como correlativos. La cuestión se puede complicar si usamos el concepto de derecho subjetivo con distintos sentidos y si se quiere ver un deber correlativo para cada uno de tales sentidos; porque para tres de los sentidos en que solemos decir que tenemos un derecho —privilegio, poder e inmunidad—, el término deber no aparece como correlativo. Por lo mismo, decir que siempre que hay un derecho hay un deber tiene sentido sólo si nos referimos al derecho en sentido estricto o pretensión, es decir, si nos estamos refiriendo a una determinada relación (jurídica o moral). Así, también, tendrá sentido decir que puede haber derechos sin deberes, si hacemos referencia a un derecho en sentido amplio que esté formado de privilegios, poderes o inmunidades. Al respecto, Kelsen se expresa de la siguiente manera: "No se concibe un derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra)".⁵¹

Con lo señalado nos conduce a señalar que la existencia de un derecho siempre acarrea una obligación de por medio, sin embargo, no toda obligación es producto de un derecho, deduciéndose que siempre van a existir los deberes en menor o en mayor medida, los cuales van a permitir el correcto desarrollo del individuo como de la sociedad, al garantizar un sentido de reciprocidad.

Respecto al origen de los deberes, se suele primar la postura iusnaturalista la cual siguiendo a “G. Peces-Barba señala que "el

⁵¹ Citado por Idem.

concepto de deber aparece en la historia en el ámbito ético–religioso; como otros muchos conceptos jurídicos su origen es inseparable de la dimensión religiosa como era en los primeros tiempos todo el Derecho". Al mismo tiempo señala que hay que tener en cuenta que el concepto de deber ha sido decisivo junto con la identificación del derecho con la ley, para la formación del derecho moderno. (...) Otro argumento a favor del origen natural de los deberes, se puede deducir de su relación con la libertad. El deber no se explica ni tiene razón de ser en sí mismo; "el deber por el deber mismo", hace de él un absoluto incondicionado que lo desplaza de su quicio fundante dejándolo sin explicación y por supuesto sin justificación. ”⁵²

Siendo los deberes un origen propio de los derechos, es decir para el iusnaturalismo se concibe como justicia una existencia dual entre derechos y deberes, la cual va a permitir el correcto desarrollo de la sociedad, caso contrario se presentaría una disparidad, situación no amparable por el derecho, con menor razón si se presume la existencia de un justo derecho, el cual se inspira en el carácter axiológico de la norma.

La postura de los deberes en los derechos humanos nos permite determinar la vitalidad que tienen tal aspecto, en merito a que en razón a no incurrir en un abuso del derecho, donde se perjudique el valor de la solidaridad, y se establezcan márgenes diferenciadores amplio entre determinadas clases o tipos sociales, es que cada derecho debe traer consigo un deber, sin embargo tal postura no asume una circunstancia de retroalimentación, al sustentarse que

⁵² Citado por Idem.

las obligaciones (deberes) siempre deben de existir para la subsistencia tanto del Estado como de la vida en sociedad y en comunidad, sin embargo el ejercicio unilateral de los derecho acarrearía consigo una situación incontrolable y poco previsible por el Derecho. Motivo por el cual tanto el legislador positivo como el propio jurista naturalista razona y señala la existencia de tal dualidad que permita un convivencia correcta y armoniosa.

Sin perjuicio de lo anterior se tiene la existencia de los derecho y deberes, ya que tal circunstancia es recíproca, sin embargo en el caso que tal circunstancia sea modificada jurídicamente, como lo es el cambio de género, significa que la persona también debe adquirir las obligaciones (deberes) de su nuevo Estado jurídico, toda vez que no se ampara en el Derecho una institución jurídica la cual no acarrea ciertos deberes y responsabilidades, que permita la subsistencia de esta calidad adquirida, tal es el caso de los regímenes de copropiedad, desde una unión matrimonial que produce una sociedad de gananciales, como el ser partícipes de una propiedad, adquiriendo la calidad de copropietarios, así como los llamados a heredera quienes implícitamente acarrean obligaciones en su calidad de hijos para poder adquirir los derechos que se le son reconocidos por la norma expresa.

Sin embargo, BOBBIO “piensa que en la historia del hombre lo que figuró primero en su existencia fueron los deberes y no los derechos:

[...] la afirmación de los derechos del hombre, representa un vuelco radical en la historia secular de la moral, una verdadera y propia revolución

copernicana, es decir, una inversión desde el punto de vista de la observación. Al comienzo existió un código de *deberes*, no de *derechos*. [...] puede decirse que derecho y deber son como la cara y cruz de una moneda. Saber cuál es cuál, depende del ángulo de donde se mire la moneda; por mucho tiempo se le vio del lado de los deberes y no de los derechos, porque la observación partía desde el grupo y no desde el individuo. El gran viraje se produce en Occidente por medio de la concepción cristiana de la vida, y con ella la doctrina del derecho natural o de los derechos naturales; que a su vez rompe la tradición de la doctrina política de ver la relación entre gobernantes y gobernados, más *ex parte principis* (desde el príncipe), que *ex parte civium* (desde el ciudadano).⁵³

Materializándose lo esbozado anteriormente donde no se concibe la existencia de un derecho sin obligaciones, pero si la de obligaciones sin derecho, porque recordemos que el propio acto jurídico plasma una obligación (deber) y que como resultado lógico del mismo se produce el derecho a exigir la obligación, situación equiparable con los derechos humanos, donde se reconoce la necesidad de proteger la vida, dignidad y libertad de las personas, lo cual se traduce en una obligaciones (deber) de los Estados a amparar tal deber, y que a su vez es un deber implícito en el resto de la sociedad, y que en consecuencia de ello se va a producir la existencia de un derecho que le reconoce la capacidad de exigir el cumplimiento de tales deberes.

⁵³ Citador por Idem

2.12. RELACION DEL CAMBIO DE GÉNERO CON LOS DEBERES.

Hasta este momento se ha señalado la dualidad existente entre el los derechos y deberes, sin embargo, puede que el panorama aun no sea del todo claro y permita determinar, la vinculación que existe entre el cambio de género y los deberes, sin embargo, es claro señalar que hombres y mujeres no son iguales, anatómicamente hablando, en merito a que, debido a sus particularidades especiales, algunos gozan de ciertos beneficios que no goza su contraparte masculina.

Empero no nos enfocaremos en ese punto, únicamente en la distinción que existe al momento del internamiento del reo al establecimiento penitenciario, según se desprende del Código de Ejecución Penal, donde en su artículo 11 señala claramente la distinción que debe de haber entre “varones y mujeres” sin embargo, ante al panorama actual que enfrenta el Derecho, poder determinar el lugar de internamiento del reo que realizo un cambio de género es complicado, en razón a que no resulta claro hasta qué punto tal persona puede asumir las responsabilidades de su género actual, teniendo en consideración que la máxima obligación negativa y represiva posible es el cumplimiento de una sanción penal privativa de libertad, misma que no suele distinguir entre género, raza, nivel socioeconómico, etc.

Teniendo ello en consideración que la persona es plausible de ser internada en un establecimiento penitenciario, será necesario considerar tal circunstancia al momento de realizar el cambio de género, donde si bien el Derecho no puede asumir que una persona va a cometer un hecho ilícito, si debe de tener en consideración que es un posible jurídico, que se realiza

tal como lo señala la nota periodística de la BBC: *“El violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”* misma que en la actualidad [dos de septiembre del dos mil diecinueve] tiene el encabezado de *“Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”*⁵⁴ Se puede observar una evolución en la propia forma de considerar la situación de los transgéneros, y en la referida nota periodística, toma otro punto de vital importancia que también deberá de ser desarrollado, respecto, a la valoración de derechos que deben de los reclusos respecto a los transgéneros que ingresen, especialmente en las situaciones donde a) un transgénero de hombre a mujer, es internado en una cárcel de mujeres, y b) un transgénero mujer a hombre, es internado en una cárcel de varones, en esos dos estadios se suscitan los perjuicios, desde una de las situaciones los afectados son las reclusas femeninas, donde se les expone a un riesgo, y en la segunda situación es el propio transgénero quien es el afectado.

Debido a que la consideración unilateral que la persona que solicita judicialmente el cambio de género, únicamente se enfoca en los beneficios, es decir los derechos que le acarrearía su nueva condición, sin embargo, el juzgado no puede garantizar únicamente los derechos, tal como se ha ido señalando, los derechos y deberes son una dualidad recíproca, es decir la acción u omisión de uno afecta al otro.

Teniendo a RUIZ RODRIGUEZ quien nos dice “No sólo en el ámbito interpersonal cobran importancia los deberes, sino también en el político-

⁵⁴ BBC NEWS MUNDO (2018), *“Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”*, BBC. [En línea], Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45470052>. Consultado el [02 de septiembre del 2019]

social. Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Es decir, el individuo tiene asegurada una esfera propia, a la manera de una barrera infranqueable, en la que el Estado —que según la historia es la mayor amenaza para los derechos— no puede entrar.”⁵⁵ Sin embargo tal postura es una interpretación histórica, en merito a un Estado de Derecho, donde no existe una estabilidad en los derechos que se le eran reconocidos a la persona, motivo por el cual el Estado actuaba en contra de la sociedad, sin embargo en la actualidad, ante el sistema jurídico moderno que sigue corrientes post positivista, neo constitucional nos encontramos en un Estado de Constitucional de derecho, donde el juzgador ya no debe garantizar únicamente los derechos de las personas, debido al nivel desigual entre el poder del Estado y un individuo ordinario, sino que en la actualidad nos encontramos en un Estado garantista, donde la norma expresamente garantiza el derecho de las personas, por tanto la seguridad y permanencia de los derechos está asegurada, mas no el de los deberes, debido a que no es posible concebir la existencia de un derecho sin un deber, es decir la obligaciones del resto de la sociedad de no afectar los beneficios reconocidos expresamente, es decir los derechos.

2.13. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS:

En síntesis, conforme se ha ido señalando el límite de los derechos es el ejercicio de los derechos de los demás, que se traduce en la necesidad de cumplir con los deberes que generan los derechos, teniendo la siguiente clasificación:

⁵⁵ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio (2011) *Derechos humanos y deberes*. México. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2011000200006. Consultado el [26 de agosto del 2019]

2.13.1. La dualidad derecho-deber:

- En este punto nos referimos a que todo derecho tiene una contraparte, que se traduce en la necesidad de ofrecer para recibir, es decir uno debe de ofrecer el cumplimiento de sus deberes para poder ejercer sus derechos; no existiendo una excepción este apartado, si bien existen situaciones de extrema necesidad que en un primer momento pueden justificar el incumplimiento de los deberes, no es que puedan ser obviados por completo, siendo necesario que cumpla un tipo de deber específico.
- Donde si bien todos los deberes son de esencial y vital cumplimiento, tampoco se manifiesta la situación que por la inobservancia de uno impide el ejercicio de sus derechos, si bien pueden existir derechos que necesitan que su contraparte sea cumplida, existen derechos propios que no lo requieren, tal es el caso de los que cometen homicidio, el no haber cumplido el deber de respeto a la vida no genera que su derecho a la vida se vea vulnerado como respuesta inmediata[al menos en algunos Estados].

2.13.2. Inexactitud:

Es decir no tengan un campo de acción o de ejercicio determinado, así como no tengan una única interpretación, sino que toda la corriente jurídica contemporánea, va en la misma dirección que los derechos gozan de una suerte de multiplicidad de interpretaciones siempre en aras de protegerlos sobre todo lo demás, si bien dicha conducta no resulta errónea, si lo es en el extremo que se crean nociones donde se asume que por la carencia de un límite

específico en un derecho este puede ser ejercido arbitrariamente, siempre y cuando se tenga la argumentación y motivación adecuada; donde es claro que si bien pueden existir “excepciones a la regla”, dichas excepciones no pueden ser aplicadas a la totalidad de los casos, ya que tal como lo dijo FERNANDEZ SESSAREGO “la aplicación de las normas presupone tener un sentido de justicia, vivir la justicia. Antes de aplicar la norma al caso, primero se debe tener una vivencia de justicia del caso concreto. Analizando el caso, debo evaluar si es justo o injusto, y después de esto aplicar la norma dependiendo del resultado de mi evaluación. Si considero que un caso es injusto, pues debo aplicar la norma que dice que ese caso es injusto. Si considero que un caso es justo, pues debo aplicar la norma que dice que ese caso es justo.”⁵⁶ Es decir nos remite a la situación de que debe de existir ese valor abstracto e inalcanzable de justicia, sin embargo la justicia no es algo que se pueda aprender teóricamente, ni tampoco que exista una metodología de justicia sino que es muy propia de cada uno, es de carácter personalísimo, no existiendo una justicia universal, donde la justicia va al propio caso en concreto, no únicamente a su resolución célere, no siempre lo correcto [válido] es lo justo, como tampoco todo lo justo es correcto. Es en el punto de la justicia que intervinieron los derechos que merecen ser observados de forma obligatoria, empero es de verse en la actualidad que o se utiliza como mecanismos de protección contra arbitrariedades, sino que se logra a utilizar como herramienta indiscutible para obtener el respaldo necesario, siempre y cuando

⁵⁶ LEGIS.PE “Sin filosofía, no hubiera hecho nada. Entrevista al maestro Carlos Fernández Sessarego”. Disponible en: <https://legis.pe/sin-filosofia-no-hubiera-hecho-nada-entrevista-carlos-fernandez-sessarego/>. Consultado el: [30 de septiembre del 2019]

sea posible otorgarles una lógica clara y concisa a los argumentos esbozados.

2.13.3. La pluralidad irrazonada de derechos:

Otro límite a los propios derechos, es que estos se formulen de forma automática sin la debida valoración, debido a que existen circunstancias especiales que deben de ser amparadas, y ello no es un error, el error proviene cuando se crean derechos específicos para sustentar una posición y lo único que genera es una mayor confusión, porque la función de los derechos es la de cautelar, mas no la de generar un perjuicio, y dicho perjuicio es causando cuando sin observar el panorama completo de derechos existentes se crean otros, con el único afán de proteger una circunstancias especial, sin valorizar el nivel de perjuicio que pueden sufrir los demás derechos. O por otra parte se puede caer en el error de reconocerle a un determinado tipo de persona dos clases de derechos tanto uno específico como uno especial, y dicho derecho especial, generando una antinomia de derechos, una incompatibilidad evidente aún sin haber entrado en contacto entre sí, tal puede ser el caso de los **principios de Yogyakarta.**

2.14. LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA:

Si bien hasta este punto de la investigación hemos tratado temas como los derechos y sus límites en general, es necesario adentrarnos en el tema de investigación a mayor profundidad, ello para poder determinar si el cambio de género, es una situación constitutiva o declarativa de derechos, de ser constitutiva de derechos significaría que recién en ese momento de la dación de la sentencia se le reconoce el cambio de género, si por el

contrario es declarativo de derechos significaría que su género actual es anterior a la dación de la herencia.

Sin embargo, en el internamiento del reo se suscita la limitación de los derechos por parte del Estado, sin embargo, hasta qué punto puede afectar dicha limitación a los derechos plenamente reconocidos por el Estado, los mismos que por su naturaleza aparentemente no se verían afectados por el propio internamiento. Donde es preciso señalar que el derecho más afectado es el de la libertad, siendo el caso de investigación el cambio de género, este se da en base a los derechos de la identidad, el libre desarrollo de la personalidad en un ejercicio total de su derecho a la libertad, porque es debido a una característica psicológica desarrollada a lo largo de su desarrollo como persona, motivo por el cual en ejercicio de su libertad requiere al órgano judicial para que le realice el cambio respectivo para sentirse conforme a su identidad actual, por tanto si el sistema penitenciario limita el ejercicio de la libertad, también debería ser capaz de limitar el propio cambio de género y que se aplique su género de nacimiento, si por el contrario se tiene que la sentencia judicial marca un antes y un después, es decir un hito en la historia de la persona, gozaría de la condición de ir retroactivo, porque no sería posible perder una condición adquirida, entraríamos en el plano de los derechos adquiridos, al darnos el supuesto que la nueva condición no se puede ver afectada por caracteres externos, y que por tanto la persona al haber adquiridos dichos derechos irretroactivos es que también adquiere sus deberes y uno de estos deberes, es incorporarse al sistema penitenciario con su género actual. Siendo necesario determinar la validez y viabilidad de cada postura.

2.14.1. ¿Sentencia de cambio de género es constitutivo o declarativo de derechos?

Donde nos referimos a la “inexistencia” de determinada circunstancia, hecho, derecho u obligación, misma que no tenía validez para el ordenamiento jurídico hasta la expedición de la sentencia, dicha posición se trata de las sentencias constitutivas, mientras que las sentencias declarativas se tratan de un acto de formalidad o formalización de los hechos que ya se suscitaban en la realidad, y es con la sentencia que adquieren la validez propia; es decir ni en la sentencia declarativa o constitutiva de derechos, existía un derecho que sea reconocido por el Estado, sin embargo en la sentencia constitutiva se determina un derechos u obligación que hasta el momento de la sentencia no existía, es decir si en el plano de los hechos no reflejaba ninguna repercusión respecto a la norma y/o derecho invocado, mientras que en la declarativa, es en el plano de los hechos que si es apreciable la aplicación de la norma y/o derecho, motivo por el cual, el juzgador lo que hace es otorgarle validez jurídica a esa conducta hasta antes desconocida por su falta de formalidad, mientras que en la constitutiva se trata de una acto de creación, ante la falta de un hecho que indique la preexistencia de tal acto.

Por tanto el cambio de género tiene una doble naturaleza, es tanto declarativa como constitutiva, si bien es una conducta que se realiza previamente a la interposición y expedición de sentencia (declarativa), también es claro que no podía ejercer con anterioridad dichas obligaciones y derechos conforme a su género actual (constitutiva).

Dicha situación se materializa, porque para el Estado recién adquirirá la condición del género actual con la expedición de la sentencia y su

oponibilidad total a la sociedad, con la modificación de sus documentos de identidad, asimismo para haber requerido el cambio de género es que estaba consciente y seguro de su acto, por tanto es declarativa, sin embargo en el plano de la validez del derecho, es constitutiva, porque se trataba de un imposible jurídico que pudiera realizar actividades propia de su género actual toda vez que si hubiera realizado dichos actos hasta antes de la dación de la sentencia se trataría de una causal de nulidad, debiéndose determinar la intención de engaño al caso concreto.

Por tanto, al goza de la doble naturaleza es complicado el poder determinar cuál es el campo de acción del cambio de género reconocido judicialmente, si es tanto declarativo como constitutivo de derechos, no teniendo un límite aparente en este extremo, toda vez que es una conducta fácticamente cierta y antijurídica al no poder actuar conforme a su identidad.

2.14.2. Cambio de género y los derechos adquiridos

Cuando tratamos el cambio de género conjuntamente con los derechos adquiridos, es preciso mencionar que, si nos referimos a los derechos adquiridos por su nueva condición, es que dichos derechos son irreversibles al entrar en el plano del sistema penitenciario, es decir, por más perjudicial que pudiera ser el internamiento del transgénero judicialmente reconocido al establecimiento penitenciario, debería de primarse su condición actual debido a que no se puede menoscabar sus derechos actuales, sin embargo tal como se señaló anterior existe una excepción la cual se concreta en que el cambio de género ha sido realizado en base a la libertad que ostenta el individuo de poder decidir cuál es la mejor condición de vida, y la que es necesaria para su pleno desarrollo, y al tener el propio sistema penitenciario la capacidad de limitar la libertad

humana, es que también limita el cambio de género judicialmente adquirido, sin embargo es en el momento de realizado el internamiento que interviene una variable adicional propia del sistema penitenciario, la cual es la rehabilitación, es decir que si por su seguridad se garantizase y prefiriese su género de nacimiento, al momento de realizar la resocialización lo se estaría realizando es una afectación a sus propios derechos, porque se le estaría resocializando e base a un género que no le corresponde, y por el contrario se podría determinar que el Estado realiza un adoctrinamiento en sus establecimientos penitenciarios que atenta contra la dignidad del reo, al afectar su identificación.

Situación que puede ser superada con facilidad, toda vez que le sistema penitenciario realiza la distinción en base al sexo y no del género, es decir si lo que se realizase fuese como en Colombia, y lo que se modificase [añadiése] fuese el género, no existiría un afectación mayor, empero si bien parece una salida maso menos obvia y clara, está claro que conforme se ha puntualizado la determinación del género dependerá de cómo se auto-identifique la persona si es como hombre o como mujer, donde el sexo si bien es un impedimento anatómico, desde su perspectiva pasa a segundo plano, toda vez que lo que se requiere es la sincronía entre cómo se identifican intra e interpersonalmente, donde en nuestro sistema peruano al menos lo necesario para que el resto de la sociedad acepte una conducta novedosa, es que el Estado ejerce su poder coercitivo sobre el colectivo y este se vea en la obligación de acatar y corresponder a lo desarrollado por el propio Estado.

2.15. DERECHOS DE GÉNERO – LGTBIQ

Conforme es señalado por ARRUBIA y BROCCA: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que a la hora de interpretar el sentido de la expresión «otra condición social», propia del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio por persona. Por eso, en la misma ocasión este tribunal internacional ha reconocido que los derechos relativos a la diversidad sexual están amparados por la norma citada. Para esto, se ha hecho expresa referencia a las resoluciones que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha adoptado, como así también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el mismo sentido ha incluido a la orientación sexual en el marco normativo del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con idéntico alcance ha sido interpretada la expresión análoga contenida en el artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, dentro de la cual el Comité de control de este instrumento ha establecido que la orientación sexual se encuentre vedada como motivo de discriminación (Comité de los Derechos del Niño, 2003: párrafo 6).”⁵⁷

Teniendo claro que el una orientación o identidad sexual diferente a la ordinaria, no es merecedora de repudio, por el contrario, las interpretaciones realizadas por los tratados y tribunales internacionales, nos refieren, que lo que debe de primar es la dignidad humana que posee

⁵⁷ ARRUBIA, Eduardo y BROCCA, Mariana (2017). *La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional*. [En línea]. Disponible en: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/46891/49109>. Consultado el: [22 de septiembre del 2019]

todo ser humano el simple hecho de ser humano, y que una desviación sexual o identidad sexual diferente al hombre/mujer, no es generador de un menoscabo a sus derechos.

Con ello en consideración es necesario señalar que los Derechos Humanos son intrínsecos al ser humano, no siendo posible su desvinculación, sino que deben de ser protegidos por el propio Estado y la comunidad internacional, teniendo de esta forma que la interpretación de sus derechos no está focalizado en reconocerle una nueva categorías de derechos, por su propia condición social [lo cual resulta lógico, ya que de realizarlo, sería un acto discriminatorio con el resto de la sociedad], sino que su opinión es que sus derechos que ya ostentan como personas deben de ser respetados, al igual que cualquier otro ser humano.

Alejándonos de la concepción garantista absoluta, donde por su condición de minoría deban de gozar de un nuevo catálogo de derechos, tal como sucede con los Principios de Yogyakarta, los cuales si bien son los propios derechos humanos, interpretados bajo el marco de la orientación sexual e identidad de género, dicho acto resultaría en lo ya mencionado ejercicio abusivo del derecho al reconocerle una categoría adicional de derechos, porque ello significaría, que existen dos clases de derechos los generales y los especiales, según [en el caso específico] su orientación o identidad sexual, por tanto tendría dos tipos de derechos bajo el mismo concepto, por tanto resultaría desproporcionado en comparación al resto de la sociedad.

Mismo criterio es el esbozado por el caso ya señalado de la Corte Suprema Estadounidense (...) al no haber creado una nueva categoría de derechos, sino aplicar los propios derechos ya existentes en conflicto al caso concreto; pudiendo deducir que no existen categoría de derechos, sino que

todas las personas ostentan todos los derechos en el transcurso de su vida, siendo observables dichos derechos [al ojo común], cuando son afectados, sin embargo hasta antes de la afectación dichos derechos son de uso cotidiano de toda persona, con los límites propios del respeto del derecho a los demás, lo cual se traduce en la concepción de los deberes ya mencionado.

Asimismo, tenemos la expresión señalada por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) BAN KI-MOON quien menciona: “se ponga fin a la violencia y la discriminación por motivos de identidad de género y orientación sexual”, y añadió: “permítanme decir esto alto y claro: las personas lesbianas, gays, bisexuales y personas, transgénero tienen derecho a los mismos derechos que todos los demás. Ellos también nacen libres e iguales. Yo estoy hombro con hombro con ellos en su lucha por los derechos humanos”⁵⁸

Mismo criterio es compartido por el entonces Secretario General de la ONU [en el año 2012] donde señala que las personas con diferente orientación sexual o identidad de género a la “tradicional” gozan de los mismos derechos que resto de las personas en la sociedad, por tanto, los derechos que ostentan son iguales por la condición de ser humanos, pero no es en base a su identidad de género u orientación sexual, que gocen de un tipo de derechos especiales y particulares.

Siguiendo a RHADIKA CHANDIRAMANI nos dice que: “El espíritu mismo de los derechos humanos significa que todas las personas los tenemos

⁵⁸ Citado por: MAC DONALD, Paula Viturro (2013). “La revolución de lxs “nada”: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”. [En línea]. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27032/28632>. Consultado el: [22 de septiembre del 2019]

sencillamente porque somos humanas y humanos. Según esta lógica, las personas LGBTI tienen los mismos derechos humanos que el resto de la gente (...) El marco internacional de los derechos humanos es únicamente eso: un marco para guiar la conducta de los Estados. Por sí solo nunca puede ser suficiente. Debe ser implementado y vigilado, y los Estados tienen que rendir cuentas por sus fallas tanto a nivel nacional como en la esfera internacional (...) La cultura varía de un lugar a otro no así los derechos humanos.”⁵⁹ Misma que en su condición de Directora Ejecutiva de una ONG con sede en Nueva Delhi, India, señala el mismo argumento que la naturaleza de los Derechos Humanos es única, debiendo de ser ostentada y ejercida por todos sin distinción alguna, debiendo puntuar, que tampoco refiere que las personas que tienen una orientación o identidad sexual diferente deban de gozar una tipo especial de Derechos Humanos, sino que por el contrario, son los propios derechos ya reconocidos, los que deben de ser aplicados a dichas personas, ya que son de ejercicio y goce de toda persona sin distinción alguna.

Teniendo que considerar a RANCIÉRE “cuando se alude a la igualdad entre todos los “hombres” es necesario analizar de manera constante quién está incluido en ese todo y qué tipos de relaciones están comprendidas en la esfera de validez de esa igualdad”

Si bien hasta este punto hemos desarrollado que todos los derechos son gozados y ejercidos por igual con todas las personas, también es claro señalar dos aspectos importantes: **a) el entorno donde se debe ejercer el derecho y b) la condición adquirida:** es respecto al primero que tenemos que toda persona tiene todos los derechos, sin embargo su aplicación

⁵⁹ Citador por: Ídem

activación dependerá del entorno en donde se pretenda ejercerlos, tal es el caso de los derechos procesales, el cual se plasma ante la intervención de la persona en un procedimiento con el Estado, sea que este actué como contraparte o como tercero en calidad de juzgador, donde dichos derechos procesales se activarán una vez se adentre en un estadio procesal, sea este un proceso judicial o administrativo, antes de eso si bien ostenta dichos derechos, no los puede ejecutar debido a que no se encuentra en la condición apropiada para poder ejecutarlos, resultaría innecesario su ejercicio, al no tener un campo de acción ese momento.

Respecto a la **condición adquirida**, nos referimos cuando sea por un acto voluntario o involuntario la situación jurídica de la persona es modificada, por tanto adquiere derechos y obligaciones especiales acorde a su nueva condición, sin embargo en el caso de investigación nos referimos a un **cambio originario**, esto es debido a que se ha realizado un cambio de género, motivo por el cual todas sus obligaciones han sido modificadas, situación similar con sus derechos, donde si bien hasta antes del cambio de género ostentaba una situación jurídica específica, es posterior al referido cambio que su situación jurídica se transforma, modificándose así sus derechos, ya que caso contrario, incurríamos en un abuso del derecho, al tener múltiples derechos **activos** los cuales pueden ser ejercidos paralelamente, es en consideración que existe una tenencia perpetua de los diversos derechos y lo que dependerá de su activación o ejercicio será el entorno o la nueva condición que tenga el individuo, es que los derechos anterior deben de ser desactivarlos, mas no suprimidos.

Siendo necesario señalar, que nuestro ordenamiento jurídico es garantista, motivo por el cual no se pueden suprimir derechos, sin embargo desde la

óptica de que es un imposible físico de que dicha persona en determinado entorno o situación jurídica adquirida, pueda ejercer la totalidad de sus derechos es que es necesario, considerar que el ejercicio de los derechos dependerá de los factores antes señalados, motivo por el cual su límite no se limita únicamente a la afectación de derechos de terceros, sino también a que el individuo este en la condición jurídica de poder ejecutarlos, de lo contrario se materializa la desactivación señalada.

Siendo MAC DONALD quien no refiere que: “La naturaleza entendida como primer principio de realidad parece ser la clave filosófica a partir de la cual los jueces suelen resolver las demandas por discriminación en razón del género o la sexualidad de las personas. Dicho, en otros términos, el razonamiento se basa en una operación de naturalización de un patrón normativo al que se intentará asimilar por todos los medios a la víctima de la discriminación. Así, establecido un modelo ideal asociado a cierta idea de naturaleza, cualquier denuncia por discriminación será en principio reconducida por el camino de la asimilación. Quien afirme ser discriminado en virtud de una diferencia, será obligado a eliminarla o minimizarla a fin de gozar del derecho negado.”⁶⁰

Dicha postura es concordante con lo señalado hasta el momento, al referir que es la propia condición jurídica de la persona la que determinara la viabilidad y ejercicio de determinado derecho, así como de sus deberes.

Sin embargo dicho ejercicio puede ser realizado de forma voluntaria o coactiva, donde en el primero es la sociedad que le reconoce ciertos derechos así como su ejercicio, en cambio se vuelve coactiva, cuando es

⁶⁰ Ob Cit. MAC DONALD (2013)

el Estado quien debe de usar su poder coactivo para que ordene se dé cumplimiento al ejercicio de determinados derecho, es en este último punto donde interviene la coacción del Estado, donde surgen los problemas en el ámbito el cambio de género, donde si bien no tenemos en nuestro sistema jurídico nacional una norma específica que determine como es que debe de actuar la juzgador en el caso específico, es claro que sus resoluciones con calidad de sentencia gozan del *ius imperium*, donde pese de que se trate una situación anómala o de dudoso cumplimiento, es que debe de cumplirse [exceptuando los mecanismos impugnatorios intra y extraprocesales], donde pese a los fundamentos del ordenamiento jurídico, o como este estructurado, es al caso concreto donde se realizar un mecanismo de solución, le cual si bien es conforme a las partes garantista del sistema jurídico no lo es con la parte más rígida de las normas, las cuales en base a las decisiones del juzgador configuran excepciones, sin embargo dichas excepciones deben de ser claras y concisas y hasta que limites pueden llegar dichas excepciones, teniendo que conforme a la presente investigación, dicho límite o área de especial consideración se tarta al momento de otorgar el cambio de género, sin considerar cuales son los límites a los cuales puede llegar su decisión, toda vez que sus decisión será ejecutada por la totalidad del ordenamiento jurídico, conforme esté dispuesto en la sentencia, pero dicha aplicación literal puede generar errores y afectación a los derechos de las personas, en especial en el caso de las personas con disforia de género, debido a que su situación es totalmente particular, donde si bien nos encontramos conforme a los señalado por el Tribunal Constitucional ante un proceso aparentemente sencillo [al desarrollarse en el proceso sumarísimo de la vía civil], es necesario que le propio juzgador se manifieste también sobre los límites de

su decisión sea que señale explícitamente cuales serán dichos límites, o lo deje al momento de que se suscite el conflicto, y es en aras de dicha prevención que debe de intervenir la presente investigación, para poder otorgar un mecanismo de solución a dicho conflicto jurídico, en aras de la facultad preventiva el derecho.

2.16. EL DERECHO DE GÉNERO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2.16.1. LA NO DISCRIMINACIÓN

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, **acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (...)** Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, **como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. (...)**”

⁶¹[Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012]

A criterio de la Corte IDH refiere que toda persona sin importar su condición social, económica, teológica, etc. es causal de discriminación, sino que toda persona por el igual por el simple hecho de ser humano, goza de los derechos reconocidos tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos, por tanto, ninguna persona puede impedir el libre ejercicio de sus derechos, ni los particulares ni el propio Estado. Entre el ejercicio de sus derechos también se incluye el de su homosexualidad, sin embargo conforme se ha venido mencionando, no existe derecho absoluto, empero, la Corte IDH hace énfasis en que la condición de homosexualidad otorga un tipo de ejercicio de derechos diferente a la normal, cabe preguntarnos qué tipo de ejercicio adicional o diferente puede realizar una persona con orientación homosexual, que sea diferente a lo que pueda realizar cualquier persona, haciendo énfasis en sus conductas, dicho argumento resulta de libre interpretación, toda vez que podría interpretarse como la creación o el ejercicio específico de un derecho por la condición de “sensibilidad continua” que presenta por su orientación sexual.

“La Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los

⁶¹ CORTE IDH (2018) “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: *Derechos de las personas LGBTI*”. [En línea] Disponible en: <http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads/2018/12/Derechos-de-las-personas-LGTBI.pdf?fbclid=IwAR0cC2rmu1L1wS5CKjQjHXEdcWAIMGVllqZVNMf0KJdT-9JRBe8FztCLlce>. Consultado el [07 de octubre del 2019]

estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que **la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.**⁶²

“Con relación a lo expresado, algunos tratados internacionales a nivel regional que fueron adoptados recientemente y que abordan la temática de la discriminación, se refieren específicamente a **la orientación sexual, y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación.** (...) El Comité de Derechos Humanos **ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida** consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular **que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo “otra condición social” por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios.**⁶³ [Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017]

La Corte IDH refiere que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas contra la discriminación asimismo, que pueden ser enmarcadas bajo otra condición social, ello nos remite bajo la premisa anteriormente señalado, ya que se le reconoce una vulnerabilidad superior

⁶² Ídem

⁶³ ídem

por su propia condición sexual e identidad de género, motivo por el cual es más susceptible a los actos discriminatorios, no obstante, si bien presentan una situación de vulnerabilidad, no es concebible que en base a ello puedan realizar un ejercicio diferenciado de sus derechos, toda vez que en consecuencia coloca en una situación de vulnerabilidad a los propios derechos de la sociedad, debido a que se realiza una sobrevaloración de la propia condición de pertenencia a la comunidad de LGTBIQ es decir, que el reconocerle una consideración especial en base a que ostentan una condición social perjudica a los derechos del resto de las personas, conforme a lo dispuesto en el caso “*Masterpiece cakeshop LTD ET AL v. Colorado Civil Rights Commission ET AL*” donde si bien existía una norma que prohibía los actos discriminatorios, también es preciso señalar que en esencia el caso versaba sobre la imposibilidad de poder negarle servicios a las personas de la comunidad LGTBIQ, debido a que es la referida comunidad quienes gozan en excelencia la condición de orientación sexual e identidad de género señalado por la Corte IDH

2.16.2. ¿ES POSIBLE SUPERAR LA DISCRIMINACIÓN ESBOZADA POR LA PROPIA CORTE IDH?

“La Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”⁶⁴

⁶⁴ ídem

“Asimismo, **la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato**. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que **el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso**. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. En el mismo sentido: **Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.**”⁶⁵

La Corte IDH nos da como opción de superación a la presunción de discriminación respecto a los actos que afecten a la orientación sexual y la identidad de género, la propia motivación y argumentación, resaltando la teoría de la proporcionalidad esbozada por Robert ALEXY, debido a que en

⁶⁵ Ídem

el caso en concreto es posible justificar los actos presumiblemente discriminatorios, siempre que existe un motivo lo suficientemente razonable y lógico, que permita determinar cuál es el derecho que debe de primar, asimismo la medida que es necesaria adoptar para poder cautelar un derecho [personal o social] sobre los de orientación e identidad sexual, toda vez que sí reconoce la necesidad de cautelar todos tipo de derechos y su ejercicio, con el único límite claro y conciso respecto al propio ejercicio del derecho, no menoscabe o afecte el ejercicio y/o goce del derecho de un tercero, sea este una persona individual o social.

Con dicha sentencia la Corte IDH reconoce que ningún derecho es absoluto, no importando la situación de “otra condición social” debido a que todo derecho debe de ser tutelado sin diferencia alguna, más allá de las que señale el caso en concreto, es decir en el plano abstracto, y puramente dogmático todo derecho es igual, y son las circunstancias del caso concreto que permitirán determinar la necesidad de tutelar un derecho sobre otro, o por el contrario centrarse en el aspecto puro del derecho y su abstracción para determinar las relaciones de dependencia y necesidad de un derecho y otro para su ejercicio.

Con lo señalado hasta el momento es necesario reconocer que la corriente actual del derecho de género en el nivel de la Corte IDH, considera que dichas personas ostentan una condición social diferente, motivo por el cual es necesario que gocen de un tipo de tutela jurídica diferenciado, asimismo también reconoce que el hecho de tener una condición social diferente no es un argumento que permita ejercer los derechos de forma absoluta, sino que en el caso que se presente alguna confrontación entre derechos se

debe de usar los criterios de la proporcionalidad para garantizar la primacía del derecho más lógico y razonable.

“La Corte [IDH] recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención [Convención Americana sobre Derechos Humanos] que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.”⁶⁶

Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 [INDICIOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CONDUCTA ARBITRARIA]

Es en este punto que la Corte IDH hace mención a una característica peculiar e interesante respecto a cómo es que se deben de actuar los derechos bajo que ámbito es permisible la ejecución de un derecho y cuando es arbitrario, señalando así los “tratos diferentes y desfavorables” donde no se opone a la expresión Aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, sino que por el contrario señala que dicha conducta es la adecuada, sin embargo no lo es cuando se vuelve algo

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (2018) “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos N° 19 – Derechos de las personas LGTBI”. [En línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>. Consultado el [13 de octubre del 2019]

desfavorable, es decir donde no solamente sea un actuar o ejercicio diferente sino a su vez que sea gravoso a la persona por eso es que se debe evitar un trato desfavorable, y se asume dicha conducta desfavorecedora cuando: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, es en esos tres supuestos que la Corte IDH asume que el Estado está actuando de forma arbitraria. Sin embargo, es de resaltar que incluye en su acápite ii) los “grupos tradicionalmente marginados” y que la propia comunidad LGBTBIQ son quienes buscan en mayor medida el cambio de género, y asimismo son un grupo marginado socialmente, toda vez que ante la sociedad no son completamente aceptados (al menos en Perú), pero ello significaría que ¿toda conducta realizada por el Estado para intentar normar la situación de la comunidad LGTBIQ sería tomado como una conducta arbitraria? A nuestro criterio creemos que no, debido a que no es razonable ni posible sancionar al Estado por querer normar una conducta que debe de ser normada, toda vez que antes de ser parte de la comunidad LGTBIQ son seres humanos, por tanto tienen los mismos derechos y deberes que los demás y de ser necesario para mantener una armonía social, es que el Estado debe intervenir, si bien su método de intervención en un primer momento es invasiva, es necesario para que el propio Estado puede garantizar un orden interno.

“En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el **principio de no discriminación que**

exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género". A su vez, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género". El 17 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [...] cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género (...)"⁶⁷ **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**

Con lo anterior es que se reafirma lo señalado líneas arriba la propia Corte IDH señala que es necesario tener certeza de que toda persona sin importar sus peculiaridades, ideológicas, físicas, psicológicas, culturales, etc. Son seres humanos y por tanto merecedores de dignidad humana y libertad, empero dicho tratado hace énfasis en que se trate por igual a todos los seres humanos independiente de su orientación sexual o identidad de género, ello nos reconduce nuevamente a la misma posición, por un lado la tendencia global por parte de la ONU parece indicar que no debe de existir distinción alguna entre los seres humanos, ya que todos tienen los mismos derechos y deberes, por tanto debería de ser aplicado por igual el Derecho en todas sus dimensiones, pero por el otro lado la Corte IDH hace énfasis en la no discriminación por la orientación sexual o identidad de

⁶⁷ Ídem

género, ya que realiza una suerte de presunción de que cualquier daño que sufra determinada persona con orientación sexual o identidad de género diferente es causado por el Estado, si es que existe algún nexo entre el Estado y el daño causado, sin considerar el aspecto colectivo, el cual es que el Derecho está encargado de normar a las conductas humanas, sin embargo si dicho acto normativa se encuentra limitado el propio Estado no puede lograr su fin máximo de proteger a la sociedad, por privilegiar a un grupo específico, tal situación se verá con mayor claridad posteriormente.

“Un derecho que les está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.”⁶⁸ **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017**

Nuevamente la Corte IDH señala que todas las personas tienen el mismo derecho, sin distinción alguna, y el hecho de tener una orientación sexual o identidad de género diferente no justifica un acto discriminatorio, al ser todas las personas iguales, sin embargo pese a lo señalado es conforme a lo señalado anteriormente, respecto a los indicios de responsabilidad del Estado por conducta arbitraria que si bien se tiene que todas las personas son iguales no es permisible una conducta desfavorecedora impulsada por el Estado, sin embargo, dicha presunción por parte de la Corte IDH puede

⁶⁸ ídem

resultar arbitraria al no considerar un contexto, donde no solamente existen derechos individuales sino sociales, los mismos que deben de ser tutelados y cautelados por el Estado.

“La Corte ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Este Tribunal ha destacado que para comprobar que una **diferenciación de trato** ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.”⁶⁹ **Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018**

Es en este punto que la Corte IDH nos hace una aclaración respecto a la presunción antes referida, es necesario que se tenga un mínimo de certeza que la decisión diferenciadora adoptada ha sido en razón de la identidad de género o identidad sexual de la persona, y con esa certeza es que es posible determinar que verdaderamente estamos ante una conducta arbitraria. Sin embargo, redundante en el punto de la diferenciación empero del desfavorecimiento no lo determina, por tanto, si bien ante una conducta

⁶⁹ Ídem

diferenciadora no aplica una presunción *iuris tantum* si lo es ante una conducta desfavorecedora.

2.17. AFECTACIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES (Seguridad Jurídica – abuso del derecho)

2.17.1. OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

“De conformidad con lo anterior, el Tribunal opina que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia **identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como en los documentos de identidad.** Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.”⁷⁰ (Punto 105)

“Con relación a los requisitos y documentación que se suele solicitar específicamente a las personas que solicitan un cambio de sus datos de identidad para que sea conforme a su identidad de género, este Tribunal es de la opinión que de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación (supra Capítulo VI), no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero que pretenden llevar a cabo correcciones en los registros y los documentos de identidad. En efecto, en el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer y consignado en el registro corresponde a la identidad de género que

⁷⁰ ídem

asumen de manera autónoma a lo largo de su vida mientras que cuando se trata de las personas trans, la asignación identitaria efectuada por terceros (generalmente sus padres) difiere de aquella que, de manera autónoma, fueron desarrollando. En ese sentido, las personas transgénero se ven sometidas a obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad de su género que las personas cisgénero no deben enfrentar.”⁷¹ (Punto 131)

“En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, este Tribunal entiende que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de las personas. En este punto, cabe recordar que la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y la no discriminación. Todo ello, en tanto que la plena

⁷¹ ídem

identificación de su persona a partir de la adecuación de sus datos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida, es lo que le permitirá proyectarse en todos los aspectos de su vida. De este modo se estaría reconociendo legalmente su existencia como el ser que realmente es.”⁷² (Punto 132)

“[L]a publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos (supra párr. 134). En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad. Lo anterior resulta consistente con la íntima relación existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada reconocido por el artículo 11.2 de la Convención que protege contra todas las interferencias arbitrarias en la intimidad de la persona, dentro de las cuales se encuentra comprendida su identidad de género. Es así como esta Corte ha sostenido que “el ámbito de la vida privada se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” y “comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal

⁷² Ídem

hacia el público”. Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado.⁷³ (Punto 135)

Con lo referido por la propia Corte IDH en los párrafos anteriores se tiene que:

- a) Es necesario que el documento de identidad nacional, pueda ser modificado para lograr la correcta identificación de la persona:

Es respecto a este punto que es necesario señalar el documento de identidad emitido por un Estado es el que garantiza que los datos que aparecen inscrito son reales y verdaderos, pero también tienen otra connotación que dichos datos no son de propiedad del Estado, sino que es el Estado quien avala por la veracidad de dichos datos por tanto resulta razonable que al ser la persona el titular de los datos pueda modificarlo cuantas veces desee.

- b) Que son terceros (generalmente los padres) quienes le dan el sexo a la persona

Respecto a este punto creemos que la Corte IDH incurre en un error, al asumir que quienes generan la falencia en la identificación del individuo son los padres o algún tercero, también es cierto señalar que conforme lo ha expuesto la OMS no es posible determinar que el individuo ostente una identidad de género diferente desde su nacimiento y quien

⁷³ Ídem

está causando el error el propio registrador civil [caso peruano], porque ello se traduciría en acarrear una suerte de responsabilidad extracontractual a dicho trabajador público o por el contrario a los padres, lo cual también reviste de un absurdo jurídico, toda vez que la orientación sexual e identidad sexual, no es adquirido desde el nacimiento, sino conforme se va desarrollando, pudiendo ser definido por el propio individuo [agentes internos] o por el ambiente [agentes externos], debido a que es un cierto grado de madurez y de conciencia el que permite que una persona se identifique de forma diferente a la cual se le asigno en su nacimiento, ya que al momento de su nacimiento únicamente se constatan caracteres física y visualmente apreciable, mas no intrínsecos como lo es la personalidad e identidad que se desarrollan a lo largo del crecimiento del individuo. Por tanto el querer derivar la responsabilidad a un tercero ajeno que no tenía posibilidad alguna de poder determinar la propia personalidad e identidad del recién nacido, asimismo que por otra parte podría interpretarse que los padres deberían de buscar el modo de poder determinar cuál es la identidad de género del menor, o que este decida, aun cuando las propias del derecho señalen que por el nivel de inmadurez de la persona, esta solo adquiere la capacidad de ejercer sus derechos a partir de los 18 o 21 años, según la normativa de cada país.

- c) Que, el requerirle documentos adicionales para lograr el cambio de sexo o género más allá de su propia identificación [sexual o de género] resulta un injusto

En este punto tampoco concordamos con lo expuesto por la Corte IDH, por la sencilla razón que se podría traducir en una circunstancia para poder obtener alguna ventaja de aquellos vacíos legales, como es el caso de aprovechar los derechos que adquirirá perteneciendo al nuevo género, dándole una suerte de ventaja por el resto de la sociedad, ya que eso se traduciría a que si no existe mayor complicación o dilación alguna, toda persona ante un beneficio del género opuesto opte por cambiar su propia identidad de género judicialmente para adquirir ese nuevo beneficio, aun cuando en un primer momento no era merecedor, y ello nos tate nuevamente al abuso del derecho tantas veces señalado.

- d) Que en aras de garantizar la privacidad de la persona es que no debe de ser de carácter público el cambio de género o sexo realizado, sin embargo, si es posible averiguarlo de recurrir a una autoridad competente

Esto se traduce en que el Documento de Identidad emitido por el Estado carezca de veracidad, y para contrastar dicha información es necesario que requiera al Estado la veracidad de dicha información, incurriendo en un gasto adicional al usuario por un servicio que debería ser brindado mediante el Estado a través del referido documento de identidad, que a su vez se ve modificada en un primer nivel por motivo de evitar una posible discriminación a la persona trans, sin considerar la afectación social que puede acarrear, así como económica, debido a que no se puede dejar de considerar que el afectado directo es el resto de la sociedad, ya que en caso deseen

realizar algún tipo de contratación con cada persona y por la naturaleza del cargo o por decisión propia del empleador requiera determinado género, tendría que realizar mayores indagaciones e inversiones económicas para poder comprobar si la información que obra en el propio documento de identidad expedido por el Estado es verdadera.

SUBCAPITULO 4: MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS

2.18. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CAMBIO DE SEXO:

2.18.1. El deber de motivar:

Es claro reconocer en nuestro sistema judicial contemporáneo, el criterio común de todos los órganos jurisdiccionales es el deber de motivar, es decir dar un susto a su decisión que pone fin al conflicto o incertidumbre jurídica, o como lo definiría GUASTINI con el término de “razonar”, donde lo importante no es la fundamentación moral o ideológica del juez, sino que su decisión siga ciertos parámetros lógicos.

Por tanto, conforme refiere IGUARTUA SALAVERRÍA “en un régimen democrático, la obligación de motivar es un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura.”⁷⁴

Siguiendo al mismo autor nos señala que “las teorías de la “motivación” (o “fundamentación” o “razonamiento judicial”) caben ser identificadas como empíricas, analíticas y normativas. Las empíricas describen de qué modo motivan los jueces sus sentencias en un lugar y periodo determinados. Las analíticas examinan la estructura de las razones pasibles de ser utilizadas en las motivaciones judiciales. Y las normativas prescriben cómo deben motivarse las sentencias.”⁷⁵

Siendo importante motivar porque a todo lo que tienen acceso los lectores ordinarios de la misma es todo el texto de la sentencia por tanto de la misma se debe poder desprender los hechos importantes, así como el

⁷⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2009) “*El razonamiento en las resoluciones judiciales*” Editorial Palestra Editores S.A.C. Primera Edición. Lima-Perú p.14

⁷⁵ *Ibidem* p. 10

razonamiento jurídico utilizado por el juzgador para resolver dicho caso, toda vez que conforme se señaló una persona “ordinaria” no tiene acceso directo al expediente judicial para poder sacar sus propias conclusiones sino que debe basarse únicamente de los elementos expuestos en la sentencia que pone fin al proceso o a la instancia.

2.19. NIVELES DE MOTIVACIÓN:

Continuando con el citado autor se tiene tres niveles de motivación⁷⁶:

- **Débil Y Descriptivo**, cuando en la sentencia existen razones que fundamenten el fallo.
- **Fuerte Y Descriptivo**, cuando en la sentencia dichas razones son capaces de convencer a los lectores de la sentencia.
- **Fuerte Y Valorativo**, no solo existen razones que generen convicción, sino que son coherentes.

Siendo importante señalar que no en toda sentencia debe existir motivación, debido a que, si los hechos se subsumen a la perfección a la norma, la motivación resulta irrelevante debido a que no se necesita un encuadre específico del juzgador, únicamente la aplicación directa y pura de la norma al caso concreto.

Asimismo, el mencionado autor⁷⁷ refiere que, la motivación consiste esencialmente en dos momentos una *concepción psicologista* y la *concepción lógica*, donde en la primera se tiene el proceso mental el cual lo lleva a tomar su decisión, está por así decirlo es de carácter mas subjetivo, toda vez que dependerá de los distintos valores, ideas, creencias y demás concepciones que tenga el juzgador al momento de razonar el

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ *Ibidem* P. 18

problema, mientras que la concepción lógica no busca explicar el motivo de la decisión sino por el contrario se busca demostrar que dicha decisión está basada en argumentos jurídicos y racionalmente válidos, es decir busca prevenir la arbitrariedad del juzgador.

Es decir desde la perspectiva psicológica, el deber de motivación de la sentencia se desprende del hecho que se exprese en cual ha sido el proceso mental mediante el cual ha llegado a la “solución y/o conclusión” del caso, mientras que la concepción lógica hace énfasis en que no importa el proceso mental, sino que lo resaltante del juzgador, son los razonamientos lógicos utilizados es decir que de su razonamiento se desprenda una lógica cierta e indubitable, que a diferencia de la psicológica, nos encontramos a una discrecionalidad mayor por parte del juzgador.

2.19.1. La motivación como justificación “interna”

Ahora bien, ante preceptos que imponen la obligación de motivar ciertas decisiones, nadie está en condiciones de observar si el decisor ha plasmado o no sobre el papel el recorrido mental que realmente le ha conducido a la decisión; por tanto, habrá de ser algún otro elemento el que determine si el juez de turno ha acatado o no el precepto de motivar su resolución. De otro lado, ese concepto reduce la motivación a mera formalidad. Si la motivación hubiera de describir el camino intelectual que desemboca en la decisión, ¿consideraríamos cumplida la obligación de motivar con una fidelísima descripción de un razonamiento desastroso? Sólo si conferimos a la motivación obligatoria un carácter meramente formal, se podría aceptar que la autoridad normativa (el constituyente, el legislador, etcétera) no ordena razonar bien, basta con que los jueces expongan las

razones reales que les han movido a tomar una decisión (aunque fueren ilógicas), cosa que nadie aceptaría.⁷⁸

Conforme a lo anterior es preciso señalar que la motivación interna hace énfasis a dicha motivación psicológica, donde lo importante será que exista una motivación, lo cual se traduce en ¿Por qué el juez tomo dicha decisión?, donde no necesariamente tiene que ser una decisión lógica, sino que por el contrario tiene una motivación en el sentido literal de la palabra toda vez que si existe una argumentación sustentadora, pero no necesariamente son argumentos razonables o amparables por lector, toda vez que no son capaces de generar convicción sobre las razones esbozadas en la sentencia.

2.19.2. La motivación como justificación “externa”

a) La motivación ha de ser congruente

Es decir, mediante una interpretación sistemática de la propia sentencia se tenga, que sigue un mismo orden de ideas, donde cada fundamento complementa una idea central, es decir no existe una incongruencia a lo largo del desarrollo de la motivación.

b) La motivación ha de ser completa.

En otras palabras, el juzgador debe de haber supuesto los diversos escenarios posibles, con los cuales se pudo haber dado solución al caso concreto, sin embargo, luego de abordar dichos escenarios decide optar por uno al ser la más razonable, o con la mayor coherencia o sustento jurídico, etc.

⁷⁸ ídem

c) La motivación ha de ser suficiente.

Va de la mano con el punto anterior, es decir no basta únicamente señalar las posibles soluciones del caso, sino que las mismas deben de haber sido justificadas a un punto que permita dilucidar que indefectiblemente la opción escogida por el jugador ha sido la correcta o en su defecto la más razonable.

2.20. DEFECTOS DE LA MOTIVACIÓN según IGUARTUA SALAVERRÍA

2.20.1. LA MOTIVACIÓN OMITIDA:

a) Omisión Formal:

- a. Cuando en la sentencia existe el fallo (solución), pero no obra en su contenido sustento que respalde dicho fallo.

b) Omisión Sustancial:

- a. **Parcial:** Es decir cuando una de los puntos centrales para la dación del fallo, no es fundamentado correctamente, es decir existe una falencia únicamente en una parte de la sentencia.
- b. **Implícita:** Del propio texto de la sentencia no es posible inferir la motivación, sino la misma se desprende de un caso anterior resuelto por el propio juzgador, siendo dicha decisión de carácter moralista.
- c. **Conexa:** cuando el juez, al tomar la decisión del caso, no resuelve conforme al caos, sino que remite su motivación a otros casos judiciales, con lo cual no existe una motivación personal y propia de la sentencia, sino que la misma se desprende de un fallo anterior de algún otro órgano jurisdiccional.

2.20.2. DE LA MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

El juzgador incurre en dicho vicio cuando intenta sustentar su decisión basándose únicamente en expresiones genéricas, remisión a doctrina o jurisprudencia específica sin señalar su importancia o la aplicación de aforismos jurídicos (tales como las máximas de la experiencia), ello debido a que el nombramiento de diversas fuentes no equivale a una correcta motivación, el propósito de la motivación es que el lector de la decisión jurisdiccional pueda entender la línea argumentativa y racional que siguió el juzgador para alcanzar dicha decisión. Toda vez que la resolución judicial no solo busca ser un medio para poder solucionar conflictos o resolver incertidumbres jurídicas, sino que por el contrario es una fuente importante de información jurídica para todo aquel que desee leerla.

SOBRE LA MOTIVACIÓN CONTRADICTORIA

- Es la contradicción y/o discordancia entre el fallo y la motivación de la sentencia
- Es la situación en la que la motivación misma es contradictoria porque contiene argumentos que chocan entre sí.
- Caben en esta clase de motivaciones contradictorias aquellas que no respetan las reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia común.

Conforme refiere IGARTUA SALAVERRÍA una decisión judicial debe de contener:

- 1) Decisión De Validez (relativa a si la disposición aplicable al caso es o no jurídicamente válida);

- 2) Decisión De Interpretación (que gira en torno al significado de la estima aplicable);
- 3) Decisión De Evidencia (que se refiere a los hechos declarados como probados);
- 4) Decisión De Subsunción (relativa a si los hechos probados entran o no en el supuesto de hecho que la norma aplicable contempla; de modo que la subsunción se convierte en una operación mecánica y no decisional); y
- 5) Decisión De Consecuencias (cuáles han de seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente).⁷⁹

Sin embargo, conforme es señalado por el propio autor no es necesario que la sentencia contenga dichos elementos en ese mismo orden o todos los elementos, porque conforme se ha señalado existen múltiples tipos de motivación, y lo que se propugna alcanzar no es una decisión perfecta sino congruente al sistema jurídico, y asimismo que dicha decisión no sea arbitraria en su totalidad, sino que tenga un sustento de justificación (motivación), debiendo de considerar que mientras mayor motivación sea necesaria es que la subsunción no es inmediata sino que para llegar a ella es necesaria una justificación previa o por el contrario, es el juzgador quien puede actuar con arbitrariedad a la norma legal, prefiriendo la constitucional, pero no puede ser arbitrario a su motivación, la cual debe de brindar aquellos pasos que ha seguido en su ejercicio de lógica o de razonamiento mental para la dilucidar el caso.

IGARTUA SALAVERRÍA nos señala que “para **razonar** la corrección de un cálculo matemático (p. ej. $27:3=9$) bastará una sencilla operación ($3 \times 9=27$),

⁷⁹ Ibídem p. 28-30

demostrándose así que se estaba en lo cierto. Un razonamiento diverso se emplea en las disciplinas empíricas, donde se **verifica**⁸⁰

Continuando con el citado autor puntúa que “el verbo “argumentar”, pues parece que las connotaciones de éste no compaginan bien con las verdades incontestables (o tenidas por tales) de matemáticos y científicos. Suele decirse que lo opinable (cuyas ejemplificaciones más ostentosas son la moral, la política y el derecho) constituye el campo apto para argumentar, es decir para “proponer una opinión a los otros para adherirse a ella” 36 (esto no obsta, por supuesto, a que en la argumentación se incluya –de vez en cuando o a menudo–, a modo de argumento, una verdad matemática ya demostrada o un conocimiento científico ya verificado).”⁸¹

De dicho comentario tenemos que para el campo del derecho, se aplica un tipo especial de razonamiento, diferente al realizado en otros saberes humanos, como son las ciencias puras, donde existe la posibilidad clara de tener un supuesto y poder demostrarlo de forma hipotética con coherencia y verisimilitud, en cambio si se trata de un aspecto más empírico es capaz de ser demostrado de forma real, ya que puede ser comprobado en la realidad sin embargo en el Derecho, el paradigma cambia, ya que no existe una verdad absoluta, que sea cierto en la totalidad de los casos, sino que únicamente existe una apreciación cierta sobre un aspecto que puede generar convicción a los demás [lectores u oyentes] por la congruencia de sus idas, o por el contrario porque de por sí ya es compatible con el conocimiento estructurado del oyes o lector.

⁸⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2009) “*El razonamiento en las resoluciones judiciales*” Editorial Palestra Editores S.A.C. Primera Edición. Lima-Perú p.39

⁸¹ *Ibidem* p.40

El juez al momento de expedir una sentencia debe de realizar un deber de motivación, el cual no es otra que plasmar las partes de su razonamiento por escrito, a fin de que el lector de esa resolución, sea una de las partes del proceso, abogado, estudiante o quien tenga interés en el caso, pueda determinar con facilidad cuales han sido los motivos por el cual el juzgador dio tal resolución.

Sin embargo, si bien describir en que consiste motivar aparenta ser una tarea sencilla, no es nada más lejos de la realidad, donde la tarea de motivar requiere una destreza superior, porque si bien se pueden plasmar ciertos argumentos como ciertos, también es claro que aún el propio juzgador actúa con sesgos cognitivos involuntarios, por su propia naturaleza humana, y el describir dichos sesgos son los que generan complicaciones.

Un caso directo se observa con la propia normatividad, donde el legislador da una única norma con un sentido aparentemente claro, sin embargo, aun cuando se dio con un único fin en la realidad y aplicación pueden existir múltiples opciones para determinar el correcto uso de la norma o en su defecto la mejor interpretación, para ello tenemos tanto la interpretación literal, teleológica, sistemática, histórica, auténtica, sociológica, etc.

Asimismo, también existe la posibilidad de motivar sin tener que hacerlo, como cuando se remite la resolución del caso a un caso similar ya resuelto por el propio juzgador o una instancia superior, o cuando se utilizan las frases motivadoras y justificadoras de *máximas de la experiencia*, *reglas de la lógica*, etc.

Por tanto, es imposible hablar de una motivación 100% auténtica y veraz, por el contrario, se debe de hablar de una correcta o suficiente motivación,

porque no es posible explicar todo el proceso sináptico y de razonamiento utilizado por el legislador para dar solución a dicho caso.

Por tanto lo tradicional en un caos es que le juzgador decida aplicar la norma específica al caso concreto, sin embargo ante casos relativamente nuevos, o que no tienen una norma específica, es que debe de relucir las cualidades motivadores del juzgador, ello se suscita con el cambio de sexo, donde si bien se tiene ciertos lineamientos sobre cómo debe de procederse, es únicamente eso, cual es el proceso a seguir, sin embargo no existe una norma o sentencia que establezca ciertos criterios por los cuales se debe de considerar que una persona puede cambiar de sexo, toda vez que los fundamentos por los cuales se sostiene dicha pretensión es sobre tratados internacionales, tales como los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), y la propia Constitución, por tanto se trata de un área inexplorada, al menos para los requisitos o supuestos mínimos, necesarios o imprescindibles para lograr el cambio de sexo, más allá de las garantías procesales.

2.21. ¿SOLO EXISTE LA MOTIVACIÓN JURÍDICA?

En la motivación de sentencias se presentan dos puntos a considerar tanto la parte jurídica como la fáctica, donde ambas se deben de complementar, porque no es plausible determinar el derecho sin tener una noción clara y precisa sobre los hechos que originaron el caso. Para dicha situación es de aplicación el principio de *juxta alligata et probata*, mientras que para la motivación jurídica se aplica el *iura novit curia*.

2.22. IUXTA ALLIGATA ET PROBATA:

Referido a que el juzgador debe de armar los hechos de tal forma que genere coherencia con los hechos alegados por las partes, así como que permitan dar el sustento factico a su decisión, al haber recreado los hechos.

Por tanto, si bien el juez arma los hechos, no los arma de forma libre, sino que tiene que ampararse en los hechos alegados por las partes.

2.23. IURA NOVIT CURIA

A diferencia del principio anterior, este hace énfasis, a que si las partes del proceso presentan su postura interpretativa de la norma invocada, también es claro reconocer que dicho principio hace énfasis en que el juez conoce del derecho, por tanto aun cuando las partes hayan alegado o peticionado específica, es el juzgador, quien en su condición de director del proceso, puede utilizar o no dichas interpretaciones, debido a que no resuelve en favor a lo que diga una de las partes, sino que su resolución es lo más exacto posible, como un fiel reflejo de la información que contiene el ordenamiento jurídico.

2.24. MOTIVACIÓN DEL CAMBIO DE SEXO:

La motivación necesaria y requerida para una decisión de ese nivel tiene que ser superior, porque si bien al caso concreto esta únicamente en conflicto o debate los derechos de una persona, es necesario reconocer que dicha decisión no se trata de un caso aislado, sino que genera repercusiones al resto de la sociedad, y será dependiendo del área donde vaya intervenir dicha decisión judicial, la afectación puede ser mayor o menor.

En crítica a la postura de Alexy respecto a la teoría del peso abstracto, no es aplicable a los casos de los conflictos derechos dicha aseveración, ya que, si bien es posible que en realidad exista dependencia de unos derechos de otros, esto es que determinado derecho deba de existir y ser ejercido, para la existencia de uno directamente vinculado.

Pero conforme se ha señalado líneas arriba el juzgador no está libre de sesgos cognitivos, donde si bien Alexy puntúa la necesidad de la abstracción pura, alcanzarlo es sumamente difícil, y aun si se pudiese alcanzar, también hay que considerar el entorno en el cual se va a expedir esa resolución, ya que si se trata de un entorno más cerrado, dichas ideas de “lógica pura” no tendrían asidero al poder ser consideradas como un disparate, debido a que no tiene consonancia con el entorno de la época.

Ante ello ¿cuál es la realidad jurídica del cambio de sexo a través del órgano jurisdiccional?, pudiéndose asegurar que, ante la deficiencia de la ley de identidad de género, el Tribunal Constitucional le encomendó esa tarea al fuero jurisdiccional civil, sin embargo ante la inexistencia de normativa específica, ni como seguir un patrón, es claro que la motivación de la sentencia ira más allá de la norma civil, teniendo que llegar a esos extremos abstractos del derecho, como son los principios y los propios derechos, siendo necesario un ejercicio de fundamentación y argumentación superior para poder garantizar el cambio de sexo.

Sin embargo, como lo refiere GARCIA AMADO, mientras mayor motivación y argumentación necesite una postura significa que dicha postura no es tan evidente como aparenta ser, siendo acertada dicha crítica, ya que es una crítica directa a la ponderación judicial, donde, en caso se tome una decisión jurisdiccional puramente abstracta la misma gozaría de las propias

arbitrariedades del juzgador, ya que no sería posible separar sus propias apreciaciones personales, morales y éticas del tema sobre su apreciación abstraccionista jurídica

2.25. A MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CAMBIO DE SEXO:

JUSTIFICAR UNA DECISIÓN SEMANTICA

Hace referencia a las decisiones interpretativas

JUSTIFICAR UNA DECISIÓN EMPÍRICO

Haciendo énfasis en los hechos probados y acreditados en el proceso materializados en la expedición de la sentencia, por tanto se tiene la existencia de una tesis (postura accionante), antítesis (postura defensora o contradictora) y su síntesis (resolución final – sentencia), sin embargo como es que se llega a dicha síntesis, es mediante dos procesos la demostración y la argumentación, si bien nuestra realidad jurídica nos señala que quien señale un hecho está obligado a demostrarlo (carga probatoria – artículo 196 del Código Procesal Civil), asimismo se tiene que el juzgador no está obligado a señalar la valorización individual de cada prueba, sino que esta se realiza de forma conjunta (artículo 197 – Código Procesal Civil), sin embargo también es cierto que existen casos puros donde el debate no se centra únicamente en la demostración o presentación de hechos, sino es un debate puro-doctrinario, por tanto en ese escaño es donde interviene la argumentación jurídica antes señalada.

Conforme lo señala IGARTUA SALAVERRÍA la prueba “dentro de una concepción racional (no retórica – que sólo persigue obtener la persuasión – ni narrativista –centrada exclusivamente en la coherencia de la

narración)”⁸² permite alcanzar una verdad relativa, debido a que efectivamente se han suscitado los hechos, sin embargo se trata de un imposible físico el lograr la reproducción exacta y fiel de los hechos, por ello es que se logra únicamente un verdad relativa que llevada al plano jurisdiccional, se trataría de una verdad judicial, basada únicamente en probabilidades, sin embargo el citado autor nos señala la existencia de una probabilidad estadística, que versa sobre la frecuencia con la que se suscita determinado hecho, y por otro lado un concepto inductivo el cual hace énfasis en el nivel de respaldo que tiene determinada hipótesis (tesis o antítesis).

No siendo el primer escenario de aplicación al derecho, debido a que no existe un repetición fiel e idéntica, que permita señalar que ante tal caso solo existe una única posibilidad de interpretación o solución, sin embargo, en cuanto a la valoración probatoria del juez, es cuando si interviene el segundo punto a través del contradictorio que permite alcanzar la aproximación a la verdad, donde en su defecto se alcanza la ya referida verdad relativa.

Asimismo, IGARTUA SALAVERRÍA nos señala que “una vez identificadas las hipótesis factuales a considerar, así como el material probatorio admitido a ese las pruebas que sustentan la tesis del actor o de la acusación (por aquello de *actori vel acusatori incumbit probatio*); es el momento de **corroboración de la hipótesis**. Si no hubiera prueba alguna que confirme la hipótesis, ésta se abandona y no hay necesidad de proseguir con ninguna fase ulterior. Segundo, cuando hay pruebas que sostienen la hipótesis, se pasa al momento de la **falsación**, que consiste

⁸² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2009) “*El razonamiento en las resoluciones judiciales*” Editorial Palestra Editores S.A.C. Primera Edición. Lima-Perú P. 49

en analizar las pruebas que confutan la hipótesis del actor o de la acusación. Si se logra confutar la hipótesis, ésta o se modifica o se abandona. Ahora bien, si la hipótesis supera las tentativas de falsación eso puede abrir camino al momento que sigue. Tercero, es decir, lo que sucede cuando la hipótesis verificada y no falsada no es la única. En efecto, existe la posibilidad de que los mismos elementos de prueba sean hipótesis alternativas que resisten (ambas) a la falsación. En ese trance, el juez deberá decantarse por **la hipótesis más probable**.⁸³ Dicha aseveración es más sencilla de comprender si se considera que en cada proceso tiene un derecho presunción o principio que debe ser vencido antes de vencer en el proceso, tal es el caso de la vía civil donde el juzgador no necesita una convicción absoluta sobre su postura, sino que únicamente basta un grado de convicción superior sobre la otra postura, hecho totalmente diferente en el fuero penal donde es necesario vencer la presunción de inocencia, por tanto los elementos probatorios deben de estar destinados a obtener y generar el nivel de convicción suficiente y necesario en el juzgador.

2.26. ARGUMENTACIÓN:

Conforme se ha venido señalando la existencia de la argumentación es ante la falencia de la carga probatoria, es decir ninguna postura genera la suficiente convicción el juzgador, o por el contrario ambas generan la convicción suficiente sin embargo es el juzgador quien debe tomar una decisión, sin embargo si bien todos los elementos probatorios pueden apuntar a un único resultado, no es posible que el juzgador se limite a categorizar y recitar todos los elementos probatorios como justificación de

⁸³ Ibídem p. 51-52

su sentencia, sino que es necesario la presencia de un razonamiento escrito, que permita al propio lector deducir los motivos que sustentaron su decisión.

En tal sentido de dar sentido a la sentencia es que debe de argumentar, sin embargo es claro referir que mientras más argumentación sea necesario, también lo es el hecho que los elementos probatorios apuntad a otra dirección, surgiendo una diferenciación absoluta ye vidente de la verdad material (probatoria) y jurídica, la cual requerirá el uso de las máxima de la experiencia, de la lógica y de la ciencia, por tanto si bien la decisión del juzgador se puede apartar de la orientación de los medios probatorios, es necesario conocer los sustentos de dicha separación, siendo únicamente alcanzada por la argumentación judicial.

2.27. ARGUMENTACIÓN EN EL CASO DE LAS PERSONAS TRANS:

En nuestro fuero jurisdiccional es de observar que no existe una concatenación lógica y evidente del porque es que se deba de permitir el cambio de sexo, más allá de remitir dichos fundamentos o explicaciones a las resoluciones o las respuestas a las consultas de diversos Estados, tal es el caso de utilizar fallos y opiniones de la Corte IDH, así como los fallos provenientes de la Corte Europea.

Asimismo, ante la inexistencia de una norma específica que permita determinar los parámetros del cambio de sexo, es el juzgador en aras de su función como intérprete de la norma y solucionador de conflictos que debe de dar las cargas argumentativas suficientes para garantizar dicho cambio de sexo no únicamente en consideración del solicitante/demandante, sino también de la sociedad, quienes se ven

afectados de forma directa, ya que se generaría una desconfianza en la propia información brindada por el Estado, debido a que dicho cambio de sexo repercutiría directamente sobre el Documento Nacional de Identidad, por tanto los actos jurídicos que se suscriban tendrían una tendencia a generar un error que repercuta en una futura nulidad, así como el hecho de garantizar los derechos vulnerados por ambas partes.

Por tanto el cambio de sexo, no es una decisión que dependa únicamente de la demostración de ciertos hechos, o sea un tema de jurídicamente puro, dado que es necesario acreditar ciertas condiciones que permitan al juzgador determinar convicción y seguridad en la decisión del demandante trans, ya que caso contrario al igual que un cambio de nombre permitirá que una persona a su libre parecer pueda disponer del mismo cuantas veces lo considere pertinente, ya que únicamente sería necesario su pura aseveración de pertenencia al otro sexo para que se realice el cambio de sexo, sin embargo tal aseveración no es suficiente, ya que según como lo consideró el sistema español asimiló el cambio de sexo con el cambio de nombre, tomando dicha postura a nuestra realidad jurídica tenemos que remitirnos al artículo 29 del Código Civil, el cual nos señala que “nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita (...)” por tanto nuestro sistema jurídico señala que es necesario motivos justificados, y según como lo hemos señalado la justificación pertinente al cambio de sexo es mixta tanto pura ante la inexistencia de una norma específica que permita determinar el cambio de sexo como una demostrativa, donde será necesario señalar con las pruebas pertinentes el cambio de sexo.

Donde según tenemos constatado hasta el momento la proceso de auto identificación no es instantánea e inmediata, sino que es progresiva, por tanto es necesario contar con un registro que permita determinar la progresión y convicción de la decisión de la propia persona trans, quien posteriormente demandará el cambio de sexo, como bien se dijo no basta su propia aseveración por tanto dicho registro debería de ser llevado por una persona experta en la materia, y si conforme se sigue la presente línea argumentativa, tal situación se trata de una condición mental y no física (exceptuando a los intersexuales), siendo la única profesión capaz de determinar dicha convicción es la Psicología, no siendo pertinente la psiquiatría, ya que conforme lo señala la OMS la transexualidad (por ende los transgéneros) no es una enfermedad sino una condición psicológica, la cual no debe de ser tratada únicamente diagnosticada, porque no se trata de una condición que repercuta en el raciocinio de la persona debido a que el resto de sus condiciones psicológicas y mentales operan con absoluta normalidad, siendo la única diferencia la auto-identificación.

Con lo anterior es que se tiene la necesidad de un registro que permita determinar la convicción y seguridad que se tiene del cambio de sexo, de la diversa normativa internacional antes señalada (Fundamento 145 y 146 del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 19 – Derechos de las personas LGTBI) no siendo posible exigir una modificación física, empero es de señalar que dicho cambio se trata de una transmisión de la responsabilidad absoluta a la persona trans, esto es decir que si bien el Derecho y el Estado tienen el deber de garantizar la seguridad de todas las personas, no es posible brindar un nivel de seguridad superior a aquellas personas quienes voluntariamente y en ejercicio de todas sus facultades requieren un cambio, toda vez que se les

estaría re-categorizando con otro tipos de derechos, pudiendo ejercer dos tipos derechos los específicos como generales [postura ya criticada anteriormente], por ello la necesidad de seguridad y tutela por parte del Estado es la ordinaria.

Respecto a la argumentación del caso (pura) es necesario considerar hasta qué punto es posible valorizar los derechos de identidad y de libre desarrollo de la personalidad, si bien en esencia dicho cambio no generaría una repercusión directa en la sociedad, se lograría de forma indirecta, como es el punto de llegar a la incertidumbre y desconfianza del Estado, ya que no estaría en la posibilidad de brindar una información veraz, y verdadera sobre la propia información que posee, ello se traduce en una vulneración a los derechos de información, seguridad jurídica y fe pública.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existe normatividad específica sobre el cambio, de sexo, también lo es que no está adaptado para dicha circunstancia, empero no es propósito de la presente investigación realizar una integración del cambio de sexo al ordenamiento jurídico peruano, siendo pertinente señalar que el conflicto oscila en esencia del derecho de las personas trans a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, y de la sociedad en conjunto al de la información, fe pública y seguridad jurídica, siendo necesario señalar como es que se realiza dicha contradicción.

No existe dudas de la intención y voluntad de la persona trans de requerir el cambio de sexo, empero es necesario señalar como se ve afectada la sociedad, en el extremo de la información se ve afectada porque no tendría un método cierto que le permita conocer el cambio de sexo realizado por una persona, donde si bien es claro que el Poder Judicial así como el ente registrador, siendo RENIEC en el caso peruano, tendría que contener dicha

información, empero dicha información no sería de carácter público al menos no con facilidad, debido a que el propio procedimiento como cualquier otro proceso judicial tiene un carácter de reservada, por la información que contiene, siendo en el presente caso sumamente personal, por ello se materializa dicha vulneración si bien superable requiriéndole al propio ente registrador la veracidad de la información, ello significaría que no bastaría únicamente la información que contiene el DNI para la plena identificación sino que es necesario la exigencia de un documento accesorio ¿, denomínese “requerimiento de búsqueda de datos”, el cual tiene un costo adicional, ello se traduce en una dificultad adicional de acceder a dicha información que puede ser pertinente en determinados casos, como lo es la identificación de la persona para el fuero penal, en el fuero laboral, el requerimiento de personas de determinado sexo para la realización de ciertas tareas en específico, donde un sexo puede tener un mejor desempeño que el otro, etc.

Sobre la fe pública, se tiene que todos los documentos del Estado contienen información cierta, pero de darse el cambio de sexo, no se trataría de una información real y verdadera, sino que una ficción legal, debido a que si bien se identifican plenamente con el otro sexo, no gozan de las mismas atribuciones físicas del referido sexo, para ostentar la misma condición, por tanto la información que brinda el Estado a través del DNI sería defectuosa, y como tal generaría la categorización inmediata de considerar dos tipos de sexo el biológico y jurídico, hecho que también debería de ser dilucidado si el sexo adquirido-jurídico es meramente de reconocimiento o por el contrario también adquiere atribuciones más allá de un mero reconocimiento, siendo dichas atribuciones derechos y/o deberes.

SUBCAPITULO 5: LOS DERECHOS SOCIALES

2.28. SEGURIDAD JURIDICA:

Según G. Radbruch refiere que el derecho positivo garantiza a la seguridad jurídica, ya que es necesario que reúna los siguientes requisitos: “1. Que la positividad se establezca mediante leyes; 2. Que el derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; 3. Que esos hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación; y, 4. Que el Derecho positivo sea estable.”⁸⁴

Refiriendo además el mencionado autor que: “para que ésta exista siempre deberá existir positividad del Derecho, pues, si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho; y si el derecho debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacer lo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho demuestra que está llamado a establecerlo”⁸⁵

Para P. SAGUÉS la seguridad jurídica comprende: “tanto la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar (...) comprendiendo «Seguridad del Estado», comprensiva de la «seguridad exterior» (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad la Corte Suprema de

⁸⁴ Citador por: ZAVALA EGAS, Jorge (2004). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Revista del Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco Quito. Año IV, N° 08. P.14 [En línea] Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf. Consultado el [01 de diciembre del 2019]

⁸⁵ Ídem

Justicia Argentina, en el caso «Merck», la llamó la «suprema seguridad de la Nación»); y la «seguridad interior», vinculada a la noción de «orden público», o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado • b) «Seguridad de las personas», que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes, pero además el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos (...).”⁸⁶

Siguiendo al mismo autor nos señala tres niveles de seguridad jurídica procesal siendo estos:

- a) Primer Nivel: Ante la existencia de un gobierno déspota, donde exista una máxima autoridad que determine lo que es “justo”. De cierta forma es posible deducir un tipo de seguridad jurídica, debido a que sus decisiones tendrían un razonamiento propio, en el sentido que no existe norma que limite su actuar, por tanto, tampoco existir afectaciones a los derechos de las personas, debido a que no existe norma que reconozca sus derechos (desde el enfoque del derecho positivo). Se puede determinar quién emitirá la resolución, pero no si esta sería similar en todos los casos.
- b) Segundo Nivel: Es en este punto donde es posible pronosticar las decisiones de los operadores jurídicos, al poderse determinar el *cómo* y *que* van a resolver dichos operadores. Se puede determinar quién y cómo se resolverá cierto problema
- c) Tercer Nivel: Es posible determinar quien, como y que, del comportamiento de los operadores, es decir no solamente busca una

⁸⁶ P. SAGUES, Néstor *Jurisdicción Constitucional y Seguridad Jurídica*. [En línea] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3303/3145/0>. Consultado el 01 de diciembre del 2019

armonía en las decisiones que tome el operador, sino que estas guarden congruencia con el sistema jurídico que las contiene.

Con lo anterior es que se tiene la existencia de un tipo de seguridad jurídica en especial en el ámbito procesal, debido a que es necesaria la existencia de predictibilidad en cuanto las decisiones, caso contrario cada operador jurídico en específico los jueces, podrían decidir de forma totalmente indistinta acorde a su interpretación de los hechos y del derecho invocado, empero ello no es el propósito del derecho, debido a que lo que se busca es eliminar ese nivel de incertidumbre que puede existir en el extremo normativo y en su aplicación, ya que de lo contrario significaría, que todo proceso judicial está sujeto a una libre interpretación de forma excesiva.

Donde si bien la posición de Montesquieu ha sido ampliamente superada, debido a que el juzgador ya no es simplemente la boca de la ley, sino que gracias a la corriente actual del derecho, también tiene la posibilidad de apartarse de los lineamientos establecidos por el propio sistema normativo, sin embargo dicho apartamiento e independencia únicamente es posible al caso concreto y con el correcto ejercicio de la motivación de sus sentencia, caso contrario resultaría en un fallo arbitrario, producto de los caprichos del juzgador.

Recordemos que el eje central del Derecho Positivo, es mantener un control o registro sobre cómo es que se debe regir y realizar los diferentes actos jurídicos tanto entre particulares como con el Estado, es en dicha corriente del derecho que se inspira la seguridad jurídica, toda vez que las personas saben o tienen certeza con antelación a la suscripción de sus diversos actos que sus decisiones se encuentran amparadas por el derecho, y

encaso exista una contravención en la suscripción, siempre es posible recurrir a la vía jurisdiccional para garantizar su derecho.

El extremo de la seguridad jurídica procesal conforme al EXP. N° 0010-2014-PI/TC el Tribunal Constitucional peruano nos dice que: “la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no exista un reconocimiento expreso, el "tribunal ha destacado que su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como el párrafo a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución ["Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"], y otras de alcance más específico, como la que expresa el párrafo f) del inciso 24) del artículo 2° [Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley], o el inciso 3) del artículo 139° de la Ley Fundamental ["Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación" (SIC 0016-2002-AUTC, Fund. N° 4)]. Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria (Fund. N° 3, STC 0001/0003-2003-AI/TC). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso De La Cruz Flores vs. Perú [Sentencia de Fondo de 18 de noviembre de 2004, párr. 104] al desarrollar el principio de seguridad jurídica, ha

recordado que de ser este incumplido, "los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto del mismo criterio también ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien desde en el caso *Sunday Times vs Reino Unido* [Sentencia de Fondo del 26 de abril de 1979, párr. 49] declaró que "una norma no puede ser considerada como una ley a menos que sea formulada con precisión suficiente como para que el ciudadano pueda regular su conducta (...)". Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (...) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC 0009-2001-AI/TC, Fund. N° 18]. En realidad, lo que demanda es que cuando se tenga que modificarlo esta deba necesariamente considerar sus efectos entre sus destinatarios, encontrándose vedado de efectuar cambios irrazonables o arbitrarios. (FUNDAMENTOS 14 al 17)⁸⁷

2.29. SEGURIDAD JURIDICA SUSTANTIVA:

Por otro lado, es necesario señalar que la seguridad jurídica no se manifiesta únicamente en el ámbito procesal, sino que por el contrario también lo hace en el extremo sustantivo, ya que la misma se traduce en la veracidad de los elementos utilizados para la suscripción de los actos jurídicos, donde son los documentos emitidos por el Estado, los que

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N°00010-2014-PI/TC. [En línea] Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00010-2014-AI.pdf>. Consultado el 01 de Diciembre del 2019

generan un mayor nivel de seguridad y por tanto no pasan por un control de verificación por el sector privado, ya que existe la presunción inherente que la información brindada por el Estado, es verdadera y cierta.

2.30. LA SEGURIDAD JURÍDICA DINÁMICA

Conforme lo señala NESTOR PEDRO SAGÜÉS⁸⁸ la seguridad jurídica no es un principio del derecho en abstracto, que únicamente se refiera a la perpetuidad del derecho actual, sino que por el contrario, en un sentido dinámico, esta debe de flexibilizarse para poderse adaptar con la nueva realidad social que resulta imperiosa e imposible de eludir por le propio Estado. Al referir que debe de existir una renovación del Derecho en caso, la realidad social sea muy superior a los cánones jurídicos establecidos, toda vez que es necesario garantizar la supervivencia del sistema, que no es otro que el propio Estado, donde nos dice que *“en momentos de cambio, no es fácil predecir todos los comportamientos. Además habrá que satisfacer los costos de ese cambio, en particular el abandono de soluciones anteriores, con lo que naturalmente, aumenta la dosis de riesgo jurídico.”*⁸⁹ Donde concluye al señalar que los conceptos de cambio y seguridad no suelen relacionarse del todo bien, debido a que el cambio exige una renovación por ende una situación novedosa, la seguridad por el contrario hace énfasis en la perpetuidad y continuidad de los hechos (actos) actuales.

Sin embargo ¿cuándo se vuelve imperioso realizar dicho cambio, en aras de la perpetuidad del sistema, lo cual puede conllevar un riesgo de la seguridad jurídica?, el referido autor nos da una solución cuando se esté ante un *estado de necesidad*, debido a que peligra el propio sistema (sea

⁸⁸ SAGÜÉS, Nestor Pedro Ob Cit. P. 05

⁸⁹ Ídem

su estructura o su funcionalidad) y para ello es necesario que se realice el cambio referido. Si bien todo cambio sea normativo o procesal genera un cambio el mismo no se traduce en una situación de indefensión, sino que por el contrario busca poder revestir las nuevas situaciones que no han sido contempladas con anterioridad por el Estado.

Por tanto si tenemos que la seguridad jurídica es uno de los fines que debe de buscar y alcanzar el Estado, es claro reconocer que es el propio Estado quien debe encargarse de mantener dicho estado de seguridad jurídica, y ello lo realiza a través de sus poderes, como lo son el ejecutivo, legislativo y judicial; respecto a los dos primeros el citado autor NESTOR P. SAGÜÉS nos dice en esencia que tanto el ejecutivo como el legislativo deben de cumplir de forma estricta con sus funciones sin tener que excederse, sin embargo hace un mayor hincapié en el Poder Judicial, debido a que a diferencia de los otros dos poderes que intervienen en la fase de creación y promulgación de la norma, es el Poder Judicial⁹⁰ el encargado de realizar un control de eficacia, justicia y validez [de ser el caso] de la norma, asimismo tiene esa facultad integradora, como interpretativa, que puede darle un nuevo sentido a la norma, al establecer cuál es la correcta interpretación o por el contrario reconocer derechos implícitos del texto constitucional. A lo cual ha denominado “Seguridad Judicial”, el mismo que tiene dos roles:

a) Rol Represivo:

Al desempeñarse como un revisor de las normas emitidas por los otros dos poderes, el cual por lo general se realiza a través de los

⁹⁰ Para Nestor P. Sagüés, cuando hace mención al Poder Judicial, no se refiere en estricto a la institución como tal sino al poder jurisdiccional de los jueces que los poseen tanto los jueces ordinarios como los constitucionales, de nivel del Tribunal Constitucional.

procesos constitucionales, al tener como finalidad restaurar el daño generado ante una infracción normativa, sea esta cometida por una entidad del Estado o por un privado.

b) Rol Creativo:

Es la potestad de resolver problemas e incertidumbres jurídicas que tiene el órgano jurisdiccional, así sea entre particulares, organismos del Estado, o un particular con el Estado; asimismo también está encargada de integrar los vacíos o deficiencias de la norma.

Sin embargo el hecho que el órgano jurisdiccional tenga funciones represivas y creativas no significa que pueda resolver conforme mejor le parezca y de forma totalmente independiente a sus anteriores decisiones, ya que debe de existir una congruencia entre sus decisiones , a fin de evitar decisiones divergentes, que generen mayor confusión entre los particulares y los propios operadores jurídicos, siendo para ello es necesario utilizar argumentos lógicos y razonables, que guarden coherencia entre sí.

Siendo las decisiones de los máximos órganos jurisdiccionales los que tienen mayor peso y envergadura en el ámbito jurídico, tales como es la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, las cuales a través de sus decisiones establecen las pautas a seguir los diferentes operadores jurídicos, por tanto, no es posible la modificación constante de sus propias decisiones, mayor aún si son de observancia obligatoria. Ante ello es necesario considerar que como se señaló párrafos arriba, el derecho no es estático sino dinámico, por ello es posible la modificación de las normas y/o interpretaciones para asegurar una nueva circunstancia.

Debiendo resaltar que de existir el apartamiento del propio órgano jurisdiccional del precedente vinculante, este debe realizar en casos aislados, ya que es una excepción, más no la regla, ya que de apartarse con continuidad significaría que todo el órgano jurisdiccional puede resolver conforme lo considere necesario y pertinente, donde si bien puede existir lógica y razonabilidad en sus decisiones, también lo es que genera incertidumbre en los particulares al no saber a ciencia cierta cómo es que será resuelto su caso, o como es que debe de actuar para no realizar una conducta antijurídica.

Asimismo, TORRES VÁSQUEZ refiere que la seguridad jurídica es “(...) *la garantía que el Derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, y que si estos fueran violados le serán restablecidos o reparados. El estado debe de brindar seguridad jurídica a todas las personas que se encuentren en su territorio y la sociedad debe colaborar a la consolidación de la seguridad*”.⁹¹ Por tanto teniendo en consideración lo señalado por TORRES VÁSQUEZ, se tiene que la seguridad jurídica en un Estado Constitucional de Derecho debe de garantizar la capacidad de previsión de los efectos de los diversos actos o normas emitidas por el Estado. Esto es decir que el ciudadano no viva en incertidumbre respecto a posibles efectos dañinos a su persona, sino que estos conozcan con anticipación las consecuencias jurídicas de sus propios actos.

Es decir la seguridad jurídica es un valor jurídico de vital importancia para la estabilidad del ordenamiento jurídico, ya que por la naturaleza del mismo

⁹¹ TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2019) *Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho*. Editorial Pacifico Editores. Sexto Edición. Perú p.792

se puede determinar que es el propio Estado quien debe de determinar los alcances de sus propios actos, lo cual conforme se ha venido observando en los casos de cambio de sexo en el Perú no se ha señalado con claridad cuáles son los alcances de las decisiones jurisdiccionales sobre cambio de sexo, es decir si se trata de una sentencia meramente declarativa de derecho o constitutiva de derechos, lo cual implicaría que dependería de la propia práctica jurídica y social determinar los posibles problemas provenientes de dicha decisión, trayéndose a colación que dicho acto podría resultar en un imprevisible perjudicial al resto de la sociedad, como es el caso previamente citado sobre el reo transexual en una cárcel de mujeres, además del caso argentino respecto al cambio de sexo realizado para coincidir con una “jubilación anticipada”.

2.31. DERECHO A LA INFORMACIÓN:

Se entiende que “información es el nombre por el que se conoce un conjunto organizado de datos procesados que constituyen un mensaje que cambia el estado de conocimiento del sujeto o sistema que recibe dicho mensaje”.⁹² Por tanto se tiene que la utilidad de la información es cambiar la percepción del individuo respecto al nuevo conocimiento adquirido, esto es que al recibir información se marca un punto de inflexión en la esfera cognitiva del sujeto, eliminándose proporcionalmente el velo de ignorancia.

Debe de considerar que la información tiene las siguientes características⁹³:

⁹² WIKIPEDIA “*Información*”. [En línea] Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Informaci%C3%B3n>. Consultado el [22 de diciembre del 2020].

⁹³ ídem

- i. Significado: La información transmitida es capaz de generar una reacción en el individuo proporcional al nivel del significado de la información.
- ii. Importancia: Es propio del receptor, ya que este puede dar una respuesta positiva o negativa a la información recibida.
- iii. Vigencia: Hace referencia a si la información transmitida está actualizada o desfasada.
- iv. Validez: Es determinada por el emisor, es decir si la fuente de la información es fiable.
- v. Valor: La utilidad de la información para el receptor.

Las características antes citadas permiten realizar un filtro sobre la información, esto es para determinar si la información recibida es correcta o incorrecta, sin embargo dicha valoración en un ámbito personal e íntimo se da según la propia apropiación y valoración realizada por la persona; sin embargo en un marco profesional la situación cambia, ya que el filtro ya no es de carácter personal sino uno más riguroso, lo cual permite que la información transmitida tenga cierto nivel de respaldo lógico y razonable, cumpliéndose con mayor exigencia las características citadas.

Se tiene que “el derecho a la información es un derecho humano, componente clave del derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Consiste en el derecho de una persona de buscar y recibir información en poder de órganos, entes y empresas públicas, exceptuando casos en que la información sea calificada como secreto de Estado o de acceso restringido por la Constitución y/o por alguna ley.”⁹⁴

⁹⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS “*Derecho a la Información*”. [En línea] Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/derecho-informacion/>. Consultado el: [17 de diciembre del 2020]

Conjuntamente con lo señalado anteriormente se tiene que el derecho a la información puede contener dos dimensiones, una activa y otra pasiva, siendo la activa cuando se solicita acceder a determinada información en específico, enmarcándose en el derecho de acceso a la información; mientras que la dimensión pasiva hace referencia a la recepción de la información, es decir que esta no es requerida directamente al Estado, toda vez que dicha información es de dominio público o pseudo público. En esta última categoría entraría a tallar el Documento Nacional de Identidad (DNI), toda vez que conforme Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (D.S. N° 015-98-PCM) dispone en su artículo 84 que el DNI debe ser utilizado en:

- a)** Los casos en que la persona requiera acreditar su identidad.
- b)** Sufragar en elecciones políticas.
- c)** Solicitar la inscripción de cualquier acto relativo al estado civil u obtener certificaciones de los mismos.
- d)** Intervenir en procesos judiciales o administrativos.
- e)** Realizar cualquier acto notarial.
- f)** Celebrar cualquier tipo de contrato.
- g)** Ser nombrado funcionario público.
- h)** Obtener pasaporte.
- i)** Inscribirse en cualquier sistema de seguridad o previsión social.
- j)** Obtener o renovar la licencia de conductor de vehículo.

- k)** Los casos en que por disposición legal deba ser mostrado por su titular.

Teniéndose que el DNI contiene información que es de pseudo dominio público, ello debido a que si bien el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) administra la información de los ciudadanos peruanos, dicha información se ve contenida en el DNI (al menos los datos más relevantes para el desarrollo del tráfico jurídico), teniéndose que el DNI es de libre disposición por el ciudadano, ya que es su propia información, asimismo conforme se ha señalado en el punto anterior es necesaria su presentación para la realización de diversos trámites, por tanto no es necesario acceder de forma obligatoria mediante el derecho de acceso a la información para obtener los datos contenidos en el DNI, ya que bastaría su mera solicitud al ciudadano, teniendo esta la decisión de entregarlo o no.

Siendo pertinente señalar que la citada norma manifiesta en su artículo 90 que el DNI debe de contener como mínimo los siguientes datos:

- a) La denominación de Documento Nacional de Identidad o DNI.
- b) El Código Único de Identificación (CUI) asignado por el Registro a la persona.
- c) Los prenombrados del titular.
- d) Los apellidos del titular.
- e) El sexo del titular.
- f) El lugar y fecha de nacimiento del titular.
- g) El estado civil del titular.
- h) Las huellas digitales del titular.

- i) En el caso de las personas mayores de edad, capaces de ejercicio, la declaración del titular de ceder o no sus órganos y tejidos, para fines de trasplante o injerto, después de su muerte.
- j) La fotografía de frente, del titular, con la cabeza descubierta.
- k) En el DNI que se otorgue a las personas mayores de 18 años, así como a quienes adquieran capacidad plena de ejercicio antes de esa edad, deberá aparecer la firma del titular. No se exigirá la firma en los casos de personas impedidas de hacerlo o de analfabetos.
- l) La firma del funcionario de registro autorizado.
- ll) La fecha de emisión del documento
- m) La fecha de caducidad del documento.

Conforme es de observar uno de los datos que debe de contener el DNI es el sexo del titular, debiéndose señalar que conforme se ha venido desarrollando el consenso general de los especialistas en la materia, así como de diversas jurisprudencias respecto al sexo, es que este es de carácter biológico y cromosómico, es decir es estático, sin embargo lo que es modificable es el género, al ser una expresión de la personalidad del individuo, toda vez que se refiere a la autopercepción del individuo como miembro de la sociedad. Asimismo si bien la sentencia judicial o la legislación de ser el caso puede señalar que efectivamente se cambió el sexo (aunque lo correcto debe de ser el género), esto generaría dos tipos de verdades, teniéndose dos fuentes de información por un lado se tiene la información jurídica que debería regir en el ámbito social, económico y político, mientras que paralelamente se tiene un verdad "científica" (por decirlo de alguna manera) esto es debido que para fines médicos se tendría

que considerar el sexo originario esto es el de nacimiento, caso contrario se podría brindar una atención medica deficiente lo cual puede resultar en una complicación severa y posiblemente irreversible; ya que mucho más allá de las diferencias de los roles sociales entre hombres y mujeres, se tiene que su fisionomía, anatomía y genética es totalmente diferente; además de que si la persona no solo ha seguido un proceso judicial de cambio de sexo, sino que también se ha sometido a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo, es lógico entender que debe de consumir cierta medicación especial que le permita mantener el nivel hormonal de su nuevo sexo (estrógeno o testosterona según el caso), pudiendo existir ciertas reacciones negativas en el tratamiento médico a causa de dicha medicación; dicha situación es fácilmente subsanable mediante una constatación de su identidad, ya que si bien se podría haber cambiado su sexo judicialmente, su registro medico aun persistiría, no obstante siguiendo ese orden de ideas, se tiene que ante una emergencia y la imposibilidad material de poder identificar el sexo originario de la persona, como es posible realizar una adecuada atención médica, recordemos que el cambio de sexo no solo tendría incidencia a nivel nacional, sino también internacionalmente, toda vez que en los pasaporte a expedir la información utilizada es la consignada en el DNI (caso contrario con los nacionales que realizan su cambio de sexo en el extranjero y requieren al Estado peruano su reconocimiento); ante dicha situación si el ciudadano peruano sujeto de un cambio de sexo judicial, sufriese alguna emergencia médica en territorio extranjero se suscitaría lo antes citado, existiendo una imposibilidad material de poder determinar el sexo de nacimiento de la persona a fin de brindar un adecuado tratamiento médico, asimismo si mantenemos ese hilo de ideas se puede llegar a señalar la

inexistencia de responsabilidad jurídica del personal médico, sino por el contrario la responsabilidad recaería en el Estado peruano, al permitir el cambio de sexo, sin ningún tipo de anotación adicional que permita identificar si el sexo de la persona es de nacimiento o por algún proceso de cambio de sexo.

2.32. FE PÚBLICA:

CARRAL Y DE TERESA señalan que: “en el caso de fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan”.⁹⁵

Esto se puede interpretar en el sentido de que al existir la imposibilidad física y material de que toda la ciudadanía presente todos los actos jurídicos, a fin de garantizar la veracidad de los mismos, existen actores y mecanismos especializados en el órgano estatal que permiten garantizar la veracidad de la información contenida en los documentos emitidos por el Estado o con intervención del mismo (caso de un notario). Por tanto, dicha información debe ser asumida como cierta y verdadera por el resto de ciudadanos.

2.32.1. Requisitos de la fe pública⁹⁶:

- a) Evidencia que recae en el autor del documento; quien deberá tener conocimiento del acto a fin de que este produzca efectos para los destinatarios o terceros.

⁹⁵ CITADO POR: ADAME LOPEZ, Ángel Gilberto (2015) “*Homenaje al Doctor Bernardo Perez Fernandez del Castillo*”. Editorial Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho –UNAM. Primera Edición. Mexico. P. 30

⁹⁶ Ibidem P. 31-32

- b) Solemnidad o rigor formal de la fe pública que no es más la realización de un acto dentro de un procedimiento ritual establecido por la ley.
- c) Objetivación, momento en el que el hecho narrado adquiere cuerpo mediante una grafía sobre el papel, sin lo cual no habría documento, el cual exige corporeidad, o sea, una objetivación física.
- d) Coetaneidad, requisito referido a la producción simultánea de los tres anteriores en un solo acto y en la forma prevista por la ley.
- e) Coordinación legal entre el autor y el destinatario.

Asimismo, se tiene que “son características de la fe pública la exactitud y la integridad. La primera se refiere a la adecuación entre el hecho y la narración, y dota de eficacia probatoria **erga omnes** al instrumento. Y la segunda proyecta hacia el futuro esa actitud.

Existiendo dos tipos de fe pública i) originaria y ii) derivada. La primera se da cuando el documento está integrado por la narración inmediata de los hechos percibidos por el funcionario; en la segunda se da cuando se actúa sobre documentos preexistentes”.⁹⁷

No obstante, es de mencionar que el objetivo primordial de la fe pública no es únicamente garantizar la veracidad del acto, ya que de ser así dicha garantía sería inútil sin una repercusión en el tracto jurídico, por ello conforme a lo señalado anteriormente la importancia y finalidad de la fe pública, es que dicho acto puede ser reconocido y oponible ante terceros.

Hasta este punto se ha hablado de la fe pública únicamente como una pseudo requisito de validez para los documentos emitidos por o con

⁹⁷ Idem

intervención del Estado, sin embargo, es necesario recordar las raíces del Estado, a fin de entender porque debería de ser considerado un derecho, de carácter social mas no personal, esto al tener como premisa el *contrato social* planteado por Jean Jacques Rousseau, donde se tiene que el Estado, se origina por este cede su "libertad" con la finalidad de poder vivir en comunidad y adquirir sus derechos respecto a los deberes a cumplir por parte del Estado. Por tanto, si se tiene la premisa de que el Estado es la consumación de las voluntades del pueblo y se ha venido diciendo que la fe pública es una forma de garantizar la veracidad de los actos que se ponen a su conocimiento, esto es que para el Estado dicha actividad constituye un deber, teniéndose así en consideración la teoría del derecho-deber, es que dicho deber es reclamable por la sociedad en conjunto, convirtiéndose de esa forma en un derecho social, toda vez que es exigible por parte de la sociedad que dicho acto verificado sea totalmente verídico. Sin perjuicio de ello es necesario considerar que la fe pública como derecho exigido por la sociedad no puede ser sobre un único punto aislado y en concreto, ya que dicha observación únicamente recaería en las partes intervinientes, por que dicha infracción les generaría un perjuicio directo a las mismas. Para hablarse de una vulneración de la fe pública como derecho social, es necesario que dicha vulneración se realice sobre un concepto.

A manera de ejemplo al caso concreto se puede señalar que el problema concreto abarcado en la presente investigación de cambio de sexo en el DNI, esto es en el caso de que una persona logre judicialmente el cambio de sexo se haya o no sometido a una cirugía de reasignación de sexo, si el receptor del DNI, considera que existe una discordancia entre lo que refiere el DNI y lo que es percible por sus sentidos, dicho escenario al ser una

apreciación propia, no incurriría en una vulneración a la fe pública contenida en el DNI, sin embargo si la observación realizada por el receptor del DNI versare sobre la imposibilidad del cambio de sexo debido a la distinta conceptualización del género con el sexo, es posible observar la afectación al derecho de la fe pública que se ve contenida en el DNI, toda vez que lo que se objetaría es que el Estado, este realizando una errónea aplicación de los conceptos identificadores propios del DNI, entre ellos el sexo. Debido a que como se ha venido señalado a lo largo de este trabajo el sexo es inmodificable, sin embargo, el género si es modificable.

Dicha situación se puede observar también el caso de las partidas de nacimiento y de matrimonio, donde el formato y normativa actual impide la inscripción del menor con dos padres o dos madres, asimismo en el matrimonio se impide la inscripción de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, sin embargo a efectos estrictamente jurídicos se tiene que dicha situación sería irrelevante si se tratase en dichos actos únicamente la intervención de dos personas, mas no de dos sexos diferentes (masculino y femenino).

Por todo lo anterior se tiene que el cambio de sexo en el DNI si genera una afectación a la fe pública como derecho social contenido en el DNI, ya que la materialización del daño se realiza en la errónea interpretación que se le está dando al dato de sexo en el DNI, donde lo correcto sería señalar un cambio de género.

SUBCAPITULO 6: VISIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA DEL CAMBIO DE SEXO EN PERÚ:

2.33. JURISPRUDENCIA RELEVANTE AL CAMBIO DE SEXO:

En este punto se debe considerar que a nivel nacional se ha podido reconocer con claridad que los casos efectivos de cambio de sexo en nuestro sistema jurídico son escasos, teniendo como antecedente más antiguo el citado por el maestro Carlos Fernández Sessarego al señalar que⁹⁸ con fecha 26/FEB/1987 se emitió una sentencia de cambio de sexo por parte del Vigésimo Segundo Juzgado en lo Civil de Lima, la misma que la no ser apelada por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Justicia quedo consentida. En síntesis, el caso versa sobre el demandante masculino que solicita cambio de prenombre y sexo; siendo el argumento central de la sentencia la necesidad de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil), teniéndose como medio probatorio central el hecho de que el demandante se realizó una operación quirúrgica de adecuación de los caracteres sexuales del demandante, sin embargo no se desprende de la misma la existencia de algún peritaje psicológico o una entrevista personal con el demandante, no obstante el juez si señala que el demandante desde una edad temprana se identificaba con el sexo femenino así como sus facciones anatómicas son propias del sexo masculino. Siguiendo a lo referido por FERNANDEZ SESSAREGO, se tiene que el resto de casos narrados en su libro siguen esa misma corriente, donde se concede el cambio de sexo en consideración a dos puntos esenciales: i) no dejar de

⁹⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015) *Ob. Cit.* P. 369 – 375.

administrar justicia por vació o deficiencia de la ley y ii) la existencia de una operación previa.

No obstante dicho paradigma sufre un cambio en lo esbozado por el Tribunal Constitucional en el caso 0139-2013-PA/TC misma que constituyó doctrina constitucional vinculante (caso que ya ha sido analizado con anterioridad en este trabajo de investigación) donde categóricamente prohíbe el cambio de sexo al considerar que este es inmutable al ser parte de la identidad estática de la persona, aun cuando en dicho caso se tiene que el demandante se había sometido en España a un procedimiento de reasignación de sexo, sin embargo sí reconoce la posibilidad de un cambio de sexo pero ello ante la eventualidad de un error en el registro de la información, esto es en los casos de intersexualidad, donde difiere la parte externa de la interna del aparato reproductor. Regresando a lo anterior, el TC sostiene que el sexo es inmutable debido a que sin importar lo minuciosa que sea la operación de reasignación de sexo, este aun sería inmutable, debido a que la ciencia no es capaz de cambiar el sexo de una persona, sino de realizar cierto grado de modificaciones que permitan una aproximación al sexo deseado, sin llegar a ser este en su totalidad.

Tal situación es revertida por la siguiente sentencia N° 06040-2015-PA/TC, donde deja sin efecto la doctrina constitucional vinculante establecida por el EXP. 0139-2013-PA/TC, sin embargo, no dispone ningún criterio vinculante, únicamente de su texto se puede extraer que el sexo ya no es considerado un atributo inmodificable, sino que este es versátil y cambiante en el tiempo, conforme se va desarrollando la persona, ello al manifestarse y concretar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin perjuicio de ello también señala que el cambio de sexo es posible de ser tramitado bajo

la figura del proceso contencioso sumarísimo, no obstante no señala que criterios son los necesarios para realizar un cambio de sexo, sino que deja a la libre aplicación e interpretación de los jueces, debiendo analizar cada situación en específico.

A partir de la última sentencia del TC analizada, se tiene que efectivamente la anulación de la doctrina vinculante del EXP. 0139-2013-PA/TC, ha permitido que los jueces en primera instancia concedan el cambio de sexo, esto se ve reflejado en el EXP. 05684-2016-0-0412-JR-CI-02 del Segundo Juzgado Civil de Arequipa y el EXP. N° 02303-2017-0-2301-JR-CI-03 del Tercer Juzgado Civil de Tacna; teniéndose en el primero que la demandante pretende el cambio de sexo femenino a masculino, ya que previamente obtuvo judicialmente un cambio de nombre, posteriormente se sometió a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo conjuntamente con un tratamiento hormonal, con lo anterior el juez declara fundada la demanda en concordancia al derecho fundamental de la libertad, desarrollo y bienestar de la persona, protegiendo el proyecto de vida en este caso de una persona transexual. Sin perjuicio en segunda instancia, dicha sentencia es declarada nula, si bien fue por un defecto de forma, dicha observación parte de que la Sala Superior considera que lo que pretende la demandante no es únicamente un cambio de sexo con meros fines declarativos, sino que por el contrario requiere un cambio de género y mediante ellos adquirir legalmente la condición de varón, por ende sus derechos y deberes, lo cual a criterio de la Sala considero como una afectación a la seguridad jurídica, opinión que es compartida por el autor del presente trabajo académico, siendo así la Sala consideró el cambio de género repercutiría directamente en la sociedad motivo por el cual señala que es necesaria la intervención del Ministerio Público en base al artículo 1

de la Ley Orgánica del Ministerio Público, toda vez que este tiene “(...) *la representación de la sociedad en los juicios corresponde al Ministerio Público para la defensa del interés público, cuando establece. El ministerio Publico es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como, para velar por la moral pública*”. Respecto al segundo expediente N° 02303-2017-0-2301-JR-CI-03 se desprende que la demandante peticiono el cambio de prenombre y de sexo femenino a masculino, habiéndose sometido a tratamiento endocrinológico y psicológico, donde si bien externamente tiene apariencia masculina, su órgano sexual sigue siendo femenino; teniéndose que la decisión fundada de cambio de sexo se debió a que en aras de evitar actos discriminatorios contra su persona y teniendo el sustento científico sobre la condición endocrinológica y mental de la demandante. Posteriormente la Sala Superior declara nula sentencia por un tema meramente formal, esto por competencia territorial.

Es de señalar además que las sentencias antes citadas tuvieron como sustento normativo lo señalado en el Exp. N° 0640-2015-PA/TC respecto a que el sexo no es un elemento estático, sino que es dinámico.

Sin perjuicio de todo lo anterior es imperioso señalar que hasta este punto se ha tratado el cambio de sexo como una existencia puramente positiva, esto es debido a que únicamente se consideran los derechos que deben de ser tutelados por parte del Estado, debiendo tener especial consideración al tratarse de una comunidad minoritaria (LGTBIQ), no

obstante conforme se ha venido señalando los derechos no existen de forma aislada, ello debido a que el derecho no es ajeno a la tercera Ley de Newton *“con toda acción ocurre siempre una reacción igual y contraria (...)”*, caso contrario nos encontraríamos en una sociedad demandante ante el Estado y este viéndose obligado únicamente a proveer, situación que es contraria a la realidad, ya que poniendo un ejemplo similar se tiene el caso de los tributos, en caso de que una persona no tribute al Estado, más allá del temor a las posibles multas aplicables ante la morosidad o elusión de tributos, el verdadero peligro es que el Estado pierda su capacidad operativa, esto es que siendo extremistas si toda la sociedad en conjunto decidiese no cumplir con su deber de tributar, se generaría un colapso por parte del Estado, toda vez que carecería de funcionarios y servidores públicos que mantengan el funcionamiento y orden del mismo, ya que recordemos que el Estado está presente no solo para exigir y sancionar sino también para dar, quizás no al nivel deseado por la población en general, pero si es cierto que provee educación, salud, vivienda, seguridad, limpieza entre muchos otros servicios, ello solo es posible gracias a la tributación de toda la sociedad, siendo que mediante el cumplimiento del deber de tributación es posible exigirle al Estado, que brinde un nivel óptimo de sus servicios.

Esa misma situación se ve reflejada en un proceso de cambio de sexo, donde la mentalidad de diversos jueces es meramente positiva, ello en aras de garantizar y proteger el presumible derecho vulnerado o a ser vulnerado en un futuro, no obstante es necesario reconocer que el cambio de sexo si genera sus riesgos, es necesario aclarar que no afecta al buen y correcto ciudadano del Estado, sino que dichos riesgos son potencialmente generados por personas que quieren sacar un provecho indebido de dicha

situación o por el contrario aquellos que con posterioridad se arrepienten de la decisión tomada. Para sustentar este último punto se tiene la sentencia del EXP. N° 25370-2013-0-1801-JR-CI-06 del Vigésimo Juzgado Civil de Lima, donde la demandante en el año 1988 cambio judicialmente su sexo de masculino a femenino, habiéndose sometido previamente a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo, posteriormente viaja a Francia, donde en 2001 mediante una conversión religiosa decide recobrar su identidad originaria, iniciando el trámite legal en Francia, obteniendo su identidad masculina originaria en el año 2010 (esto es en el documento de identidad francés, al haber adquirido la nacionalidad francesa), señalando además que hace 25 años no sigue el tratamiento endocrinológico, así como la existencia de pericias psiquiátricas a fin de descartar alguna enfermedad mental, con dichos antecedentes regresa a Perú con la finalidad de recobrar su identidad originaria, declarándose fundada la demanda, en base a que cromosómicamente sigue siendo varón (cromosomas XY) y que las pericias psiquiátricas son propias de una persona sana.

Ante la situación anteriormente descrita es claro observar que dicha situación es preocupante, toda vez que se da la impresión de que el cambio de sexo se maneja sin mayor importancia, sin tener en cuenta que se afecta gravemente la seguridad jurídica de todo el Estado, esto se debe a que un cambio de sexo no solo acarrea la modificación del sexo, sino que a su vez es necesario el cambio de nombre, afectándose la inmutabilidad de información que debe de tener el Estado.

2.34. PERSPECTIVA LEGISLATIVA

Conforme a una interpretación sistemática de la legislación peruana se han podido identificar ciertas instituciones que se verían perjudicadas con un cambio de sexo, ni mayor consideración ni deliberación, siendo el sexo un término indispensable para la subsunción de los siguientes tipos legales, que abarca tanto temas civiles, penales y pensionarios (jubilación), conforme a lo siguiente:

2.34.1. Jubilación:

Es aquel acto administrativo donde un trabajador activo de manera voluntaria o por imperio de la ley, pasa a una situación de inactividad laboral, tras haber alcanzado la edad legal para ello.

	SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES (ONP) – DECRETO LEY N° 19990	SISTEMA PRIVADO DE ADMINISTRACION DE FONDOS DE PENSIONES (AFP) – D.S. N° 054-97-EF
EDAD DE JUBILACION ORDINARIA	65 AÑOS (ART. 9 – LEY N° 26504)	65 AÑOS (ART. 41)
JUBILACION ANTICIPADA	Hombres: 55 años Mujeres: 50 años Art. 44	Hombres: 55 años Mujeres: 50 años Art. 42
REQUISITOS DE JUBILACION ANTICIPADA	Hombres: aportación de 30 años Mujeres: aportación de 25 años Art. 44	Tener una pensión igual o superior al 40% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses (art. 42) No existe diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a los requisitos para la jubilación anticipada.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

Conforme al cuadro anterior se tiene que en nuestro sistema jurídico existen dos sistemas para la jubilación, uno público y otro privado, ONP y AFP respectivamente, asimismo es de observar que la jubilación ordinaria opera para todos por igual esto es a los 65 años, no obstante para la jubilación extraordinaria o anticipada es necesario considerar el sexo de la persona, ya que la diferencia entre ambos es de 05 años, dicha situación se agrava en el caso de la ONP toda vez que las mujeres necesitan cinco años menos de aportación para acceder a dicho beneficio, situación que no se refleja en la AFP, esto es consideración a las distintas naturalezas de ambos servicios, mientras uno es un fondo común (ONP) el otro es un fondo personal (AFP); retomando lo anterior dicha diferencia esencial en el sexo de las personas, si bien en el caso peruano no ha habido un caso concreto del cual se haya podido tomar conocimiento, si se tiene como ejemplo el caso argentino⁹⁹ donde una persona realizó su cambio de género para poder jubilarse anticipadamente, donde la diferencia entre la jubilación de hombres y mujeres es de 05 años, igual que el caso peruano. Teniéndose en este extremo que existe un riesgo latente, en cuanto existan futuros casos donde se solicite el cambio de sexo únicamente para poder jubilarse anticipadamente, generándose un grave perjuicio en el caso de la ONP donde al ser este un fondo común, donde no solo se contabiliza el patrimonio de los aportantes sino del propio Estado, siendo el patrimonio de este último el de todos los contribuyentes del Estado.

⁹⁹ EL PAIS Ob. Cit.

2.34.2. CÓDIGO PENAL:

- a) **Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación (...) 2.** Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...) **n) Si la víctima** es un niño o niña, adolescente, **mujer en situación de especial vulnerabilidad**, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

Observándose que una de las agravantes en los delitos en general es la víctima es una mujer en una situación de vulnerabilidad; en este articulado también se puede apreciar que el nivel de irreprochabilidad por parte de la norma es mayor si la víctima es mujer, por tanto si la víctima se tratase de una persona cambio su sexo de femenino a masculino no sería posible la aplicación de dicha agravante, aun si anteriormente ostentaba la condición de mujer; sin perjuicio de lo señalado no hay que confundir la agravante señalada en el inciso d) del mismo artículo que dispone ***“ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole”***, esto en merito a

que ambos incisos son sustancialmente diferentes donde uno exige únicamente que la víctima sea una mujer en condición de vulnerabilidad, mientras que el otro requiere que el hecho punible haya sido cometido en un marco de intolerancia y discriminación, calificativos muy subjetivos de dificultosa probanza a diferencia del primero.

- b) **Autoaborto Artículo 114.-** La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

En este apartado es necesario considerar la falta de legislación específica sobre el cambio de sexo o género y/o de jurisprudencia de observancia obligatoria sobre la materia; esto es el sentido que como se ha venido analizando las distintas jurisprudencias en el Perú, el cambio de sexo como tal no exige ningún requisito en especial para su dación, siendo únicamente necesaria la generación de suficiente convicción en el juez, tal como se ha visto existen casos de cambio de sexo donde únicamente se ha realizado un tratamiento hormonal y/o psicológico, siendo ello lo único necesario para otorgar el cambio de sexo, es decir en el caso de una persona que cambio de sexo femenino a masculino, sin haber recurrido a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo, tiene la posibilidad de quedar embarazada, ya que conservaría sus órgano reproductivo femenino, pese al cambio de sexo legal a masculino, bajo este supuesto si

dicha persona quedase embarazada y abortase, no sería posible una sanción por aborto porque expresamente el tipo legal exige que la persona abortante sea mujer.

- c) **Aborto consentido Artículo 115.-** El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Similar al articulado anterior el tipo legal exige que la abortante o gestante sea mujer y como se sabe en un proceso de cambio de sexo se varía de mujer a varón, por tanto, si el abortante fuese una mujer que cambio su sexo masculino y aun conservase su aparato reproductor este articulo sería igualmente imposible de aplicar en el caso específico.

- d) **Aborto sin consentimiento Artículo 116.-** El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Idéntico a los casos anteriores, dicho artículo se vuelve un imposible de cumplir si el abortante era originariamente mujer, realizo su cambio de sexo a varón conservando su aparato reproductor, ya que si potencialmente es capaz de embarazarse este sería legalmente considerado como varón y no como mujer.

- e) **Aborto terapéutico Artículo 119.-** No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Su tipificación y aplicación es idéntico a lo señalado anteriormente.

- f) **Fingimiento de embarazo o parto Artículo 144.-** La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al Artículo 36 inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito.

Similar situación se presenta en el presente caso, ya que, si la persona que finge su embarazo era originariamente mujer y realizó su cambio de sexo a varón, conservando su aparato reproductor no sería posible la punición de dicho hecho, ya que para los efectos legales se considera varón y no mujer.

- g) **Abandono de mujer gestante y en situación crítica Artículo 150.-** El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días- multa.

Similar situación se presenta en el presente artículo, toda vez que para que el hecho sea punible es necesario que se

abandone a una mujer en gestación y no a un varón que originariamente era mujer que accedió al cambio de sexo manteniendo su aparato reproductor.

Alternativa de Solución: Se pueden seguir tres caminos, i) una reforma normativa de la norma actual donde los tipos penales antes citados no sean de aplicación exclusiva de la mujer sino del ser humano o persona; ii) que se solicite como requisito indispensable para el cambio de sexo la histerectomía vaginal (extirpamiento de útero) aunque ello vulneraría la interpretación dada por la Corte IDH (Fundamentos 145 y 146)¹⁰⁰ o iii) que se realice lo ya mencionado múltiples veces, que en vez de modificar el sexo, la modificación sea respecto al género, de esa forma de adquirirá el reconocimiento social mas no los derechos del nuevo sexo.

2.34.3. CÓDIGO CIVIL:

Reconocimiento del embarazo o parto Artículo 2.- La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición

Igual a los supuestos señalados en los casos del Código Penal, el presente artículo se vuelve imposible de aplicar si el solicitante originariamente era mujer, sin embargo,

¹⁰⁰ CORTE IDH (2018) Ob. Cit.

cambio de sexo preservando su aparato reproductor llegando a embarazarse y dar nacimiento a un bebe en su condición legal de varón.

Alternativa de Solución: Idéntica a la señalada en el caso del Código Penal.

2.35. PROYECTO DE LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO

En nuestro sistema jurídico no existe ninguna norma específica que trate el tema de cambio de género o sexo, sin embargo, si existe un proyecto de ley, el mismo que se encuentra en la Comisión Parlamentaria de Mujer y Familia desde el año 2016, siendo denominado “Proyecto de Ley N° 790/2016-CR – Proyecto de Ley de Identidad de Género” (en adelante “PLG”).

Respecto al PLG se tiene que es en mérito a reconocer la identidad de las personas que manifiesten una identidad de género, sin embargo, se discrepan en los siguientes artículos:

- **Artículo 6: Rectificación Registral** *Toda persona mayor de edad puede solicitar la adecuación registral de sus documentos de identificación (imagen, pronombres y sexo) en sede administrativa mediante un proceso sencillo y gratuito ante la RENIEC o sus sedes regionales o locales, si la identidad vivida difiere de aquella asignada al nacer. No se exigirá ninguna constancia médica (incluyendo cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, constancias psicológicas u otras) ni legal (estado civil y/o no tener hijos) como requisito para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas.*

- **Artículo 7: Requisitos para la rectificación Registral** Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, cambio de nombre, imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos: a) Consentimiento informado mediante Declaración Jurada ante Notaría Pública que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente su decisión. b) Tener más de 18 años, con la excepción de lo establecido en el artículo 8. c) Presentar ante la RENIEC o sus oficinas regionales o locales respectivas una solicitud manifestando encontrarse amparado por esta ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, que conservará su número original. d) Expresar el nombre de pila con el que se desea ser identificada.
- **Artículo 9: Efectos** Cumplidos los requisitos de los artículos 6 y/o 7 se procederá, sin necesidad de trámite administrativo o judicial previo, a notificar de oficio la rectificación de nombre y sexo a la persona encargada del Registro Civil donde está asentada la partida de nacimiento de modo que proceda a elaborar una nueva conforme dichos cambios, así como a expedir un nuevo documento de identidad que refleje los datos rectificadas de sexo y nombre. (...)

CRITICA AL PROYECTO DE LEY:

En específico la crítica se centra en los tres artículos señalados anteriormente, esto es debido a que considera el cambio de sexo como un asunto meramente administrativo, sin considerar en ningún extremo la seguridad jurídica, la imposibilidad de realizar dicho cambio múltiples veces

o la irretroactividad de dicho cambio, por tanto es una ventana abierta a múltiples cambios de sexo, sin ningún impedimento legal expreso, quedando en abstracto que se vulneraría la libertad jurídica, situación que no se ve reflejada en la legislación Sueca o Alemana, donde si bien dicho acto no es jurídicamente imposible de ser revertido, materialmente si lo es, por los requisitos propios para acceder a dicho cambio.

Un segundo punto esencial de crítica es el artículo 9 del PLG donde señala que con motivo del cambio de sexo es necesario elaborar una nueva partida de nacimiento, ello resulta en un imposible jurídico, porque en todo caso ya no se estaría hablando simplemente de un cambio de sexo, sino que por el contrario se trataría de la generación de una nueva identidad desde cero, ya que en esta nueva identidad no quedaría registro alguno de que alguna vez sucedió el cambio de sexo, contraviniendo todos los conceptos hasta ahora tratados, donde se señala que el cambio de sexo se da en un sentido progresivo debido a que la persona en un legítimo ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad ha decidido cambiar de sexo, en mérito a sus vivencias personales y desarrollo como persona, no que por el contrario con esta medida lo que se pretende es cancelar la identidad primigenia y original por otra generando en consecuencia de la negación de esta, donde bajo dicha premisa se observa la carencia de lógica de dicha medida, debido a que es necesaria la existencia de la primera identidad para generar una segunda, e inclusive siguiendo esta premisa resulta en un peligro elevadísimo a la seguridad jurídica.

Esto debido a que en la actualidad la única forma de poder cancelar una identidad es que ilegalmente se dio origen a una segunda, donde es esta última la que queda cancelada, debido a que una única persona no puede

tener dos identidades, sin embargo, el citado precepto legal del PLG sostiene que si sería posible tener dos identidades originales una desde el nacimiento y otra generada por vía administrativa al cambiar de sexo.

Asimismo, el PLG se citan distintos artículos donde hacen referencia a derechos especiales para evitar la discriminación tanto en un sentido general como en el acceso a la salud, educación y promoción al empleo, sin embargo, dichas medidas resultan innecesarias desde una perspectiva ontológica, debido a que ya existe normativa específica que previene la discriminación como lo es el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución Política.

Asimismo, es de señalar que en su exposición de motivos se hacen menciones a informes y sentencias emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respectivamente. Sobre la primera refiere que: “Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se interpreta que la categoría “sexo” comprende también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral”. Sin embargo, la propia CIDH señala en ese mismo documento ofrece los siguientes conceptos:

“Sexo: En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer.

Género: La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, funciones y lo atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”.

101

Con lo anterior se desprende que para la CIDH son sexo y género son distintos ya que uno es un dato biológico mientras que el otro es un constructo social, sin embargo para la interpretación de los tratados internacionales debería de considerarse como iguales, esto es en mérito que al tratarse de tratados internacionales, las partes intervinientes son Estados, y para poder realizar una modificación de su texto normativo requeriría una cantidad de esfuerzos elevados para lograr una única

¹⁰¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) “Remisión del estudio *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*” [En línea]. Recuperado de: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf> Consultado el [21 de marzo del 2021]

modificación, ese hecho se refleja en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 76.

Asimismo, el PLG contiene el siguiente extracto de la Corte IDH: *“La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”*. En este extremo se tiene que únicamente señala que no se debe de disminuir o restringir los derechos de persona por su orientación sexual, lo cual es indistinto del género o sexo que ostente una persona, toda vez que la orientación sexual se puede manifestar en la heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, pansexualidad, etc.

Siguiendo lo anterior se tiene que las observaciones que se hacen al DNI es que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) no permite que el DNI no contenga la imagen que habitualmente ostenta la persona trans, sin embargo en este extremo es necesario señalar que la naturaleza del DNI es mostrar la apariencia real de la persona, ello es el motivo por el cual en sus fotografías, no se permite un exceso de maquillaje o accesorios, tales como gorros, lentes oftálmicos o de sol entre otros. Donde en el caso de las personas trans se tiene que con frecuencia usan cierto nivel cosméticos para poder parecerse con mayor exactitud al sexo con el que se sienten identificados.

CAPITULO III: MARCO OPERATIVO

3.1. HIPOTESIS Y VARIABLES:

3.1.1. GENERAL

El cambio de sexo, afecta de forma directa a la sociedad, puesto que los derechos de fe pública, de información y seguridad jurídica, dependen de la autenticidad de la información contenida en el DNI, la cual emana del Estado.

3.1.1.1. Variable A

Cambio de sexo

3.1.1.2. Variable B

Los derechos sociales de fe pública, información y seguridad jurídica.

3.1.2. ESPECIFICA 1

Con el cambio de sexo se adquiere únicamente el reconocimiento público de la nueva identidad, más no los derechos y deberes innatos que posee su sexo actual, puesto que de adquirirlos resultaría en un ejercicio abusivo del derecho.

3.1.2.1. Variable A

Nueva identidad

3.1.2.2. Variable B

Derechos y deberes de la nueva identidad

3.1.3. ESPECIFICA 2

Los criterios jurisdiccionales actuales para decidir el cambio de sexo son insuficientes, al no contemplar todo el panorama que abarca el derecho, debido a que no es una decisión declarativa ni constitutiva de derechos sino de reconocimiento.

3.1.1.1. Variable A

Criterios jurisdiccionales para determinar el cambio de sexo.

3.1.1.2. Variable B

Sentencia constitutiva y declarativa de derechos en el cambio de sexo

3.2. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

3.3.1. POR SU FINALIDAD:

3.3.1.1. Investigación Aplicada: Está dirigida a señalar argumentos que justifiquen el correcto cambio de género, mediante la contrastación con los límites que puede tener, con la finalidad de evitar futuras arbitrariedades por parte del Estado [órgano jurisdiccional] al disponer cambios de género sin la motivación suficiente.

3.3.2. POR EL ORIGEN DE SUS FUENTES:

3.3.2.1. Método Documental o Bibliográfico: Se realizará la investigación únicamente teniendo la información de carácter dogmático y puro del derecho, así como de la

argumentación jurídica necesaria para fundamentar los criterios señalados en la presente investigación, al no existir casos específicos del tema a investigar, e igualmente los similares no poseen la cantidad suficiente que permita una investigación.

3.3.3. POR EL AMBITO:

3.3.3.1. Investigación Dogmática: El ámbito a utilizar será la dogmática, al no ser posible determinar casos evidentes del problema a investigar, siendo necesario que dicho problema sea investigado a nivel dogmático y argumentativo, donde en esencia el problema es señalar los motivos jurídicos, razonables y motivados que permitan un correcto cambio de género, sin generar un Estado de indefensión o un abuso del derecho, teniendo que complementar dichos temas a la presente investigación, para una mejor comprensión del espectro.

3.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

3.4.1. Investigación explorativa: La presente tesis será explorativa, puesto que el problema a examinar, aun no se manifiesta en nuestra realidad nacional, sino por el contrario, nos encontramos en el primer nivel del problema, el cual es que se realice el cambio de género, sin considerar las posibles repercusiones que puede causar, por tanto no es posible determinar una vulneración o afectación fehaciente, sin embargo, eso no impide que posteriormente se presente dichos problemas, cuando el cambio de género, sea adoptado por nuestra sociedad. Siendo que con la presente investigación se pueden adoptar criterios que justifiquen razonablemente el cambio de género, para evitar futuras complicaciones jurídicas.

3.5. POBLACIÓN:

En atención a lo que se ha señalado con anterioridad, la presente investigación se desarrolla sobre la base de fuentes de índole documental. En tal sentido, se analizó la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada relevante en cuanto al estudio de la identidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo o género. En cuanto a la jurisprudencia nacional, se recurrirá puntualmente a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en ambas instancias. En la

jurisprudencia comparada, se acudirá a los pronunciamientos jurisdiccionales trascendentales en la materia.

3.6. MUESTRA:

Teniendo en consideración que la población es escasa en cuanto al efectivo cambio de sexo tanto en la jurisprudencia nacional como internacional, así como la doctrina relevante en la materia, el tamaño de la muestra se determinó en función al universo de los elementos existentes y obtenibles, en tal sentido, ello quedará a criterio del investigador. Debiéndose tener en consideración que en la actualidad los casos de cambio de sexo en el Perú son escasos.

3.7. TECNICAS:

Teniendo a consideración y en vista los elementos que conforman la población, los mismos que implican fuente de la presente investigación jurídica, se ha utilizado la Técnica de Revisión Documental, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

3.8. INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse en la presente investigación, con un carácter cualitativo, y conforme a la técnica elegida, será la Guía de Revisión Documental, en tal sentido, esta Guía va a consistir en un esquema organizado donde se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

3.9. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS:

En la presente investigación se recurrirá a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

A) Método Exegético: Para la crítica a los dispositivos jurídicos referidos al cambio de sexo

B) Método Sistemático: Para una interpretación más amplia y concordante de la Doctrina y el Sistema Jurídico Nacional e Internacional, conforme a los objetivos en la presente investigación.

C) Método Dogmático: Recurriendo a la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional y comparado, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación.

CAPITULO IV
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS
RESULTADOS

4. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

4.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue adquirida de diversas fuentes doctrinales, jurisprudenciales y normativas para lograr un marco teórico próspero.

En cuanto a las fuentes doctrinales, se han empleado fuentes nacionales y de derecho comparado, todas ellas referidas al tema materia de la investigación.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha recurrido a aquella emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también de las altas Cortes de Bolivia, Estados Unidos y Perú.

En cuanto a las fuentes normativas, se han utilizado aquellas, tanto nacionales como de derecho comparado, que regulan el derecho a la identidad personal, libre desarrollo de la personalidad, seguridad jurídica, fe pública, así como aquellas que conceptualizan los términos de sexo y género.

Este acervo de fuentes documentales ha sido obtenido durante la formación universitaria llevada a cabo por la titulado.

4.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Las fuentes documentales a las que se ha hecho mención, se han expresado durante el desarrollo de la presente investigación de modo sintético y con las respectivas notas al pie, en lo correspondiente.

De esta forma, en el ámbito interno de este estudio, el análisis previo a tal expresión ha tenido una connotación netamente cualitativa, habiéndose reflexionado sobre cada fuente documental, conservando las posturas expuestas en cada una de ellas, de tal manera que el esquema teórico de la presente investigación brinde la aproximación

necesaria a la comprensión de esta tan compleja institución y, de este modo, se comprenda y evidencie la existencia de una potencial situación problemática misma que fue expuesta en mérito al presente estudio.

4.3. SUSTENCIÓN DE LAS HIPOTESIS

4.4. HIPÓTESIS ESPECIFICAS

4.4.1. HIPÓTESIS 01:

“Con el cambio de sexo se adquiere únicamente el reconocimiento público de la nueva identidad, más no los derechos y deberes innatos que posee su sexo actual, puesto que de adquirirlos resultaría en un ejercicio abusivo del derecho.”

La corriente actual del derecho siendo esta el Neocosntitucionalismo, viene con un percance sutil pero grave, nos otorga una visión muy optimista del mundo, esto es que últimamente las legislaciones no punitivas que versan sobre derecho o comunidades especiales, mas allá de ofrecer regulaciones crean nuevos derechos o de ofrecer regulaciones son mucho más sencillas de lo que debiera de ser, es decir no existe una opinión crítica sobre la posible eventualidad de que ocurra un ejercicio abusivo con los nuevos derechos otorgados, motivo por el cual es necesario que conjuntamente con dicho derecho se den ciertas restricciones o nociones de restricciones al menos.

Siendo ese el caso con el cambio de sexo, esto es que se considera al sexo de forma aislada únicamente en su vertiente más positiva, sin embargo erran en considerar que el mismo es parte de la identidad de la persona, por tanto de pretender modificar el uno de los elementos de la identidad de la persona (el sexo) es necesario

que también se estudie a todo el individuo y los alcances de la modificación de su identidad o su nueva identidad, ya que con el cambio de sexo prácticamente se da origen a un nuevo sujeto, ya que adquiere nuevos prenombrados, un nuevo sexo (legal) y potencialmente nuevos derechos y deberes, sin embargo ello es un error. Lo que queda claro con los diversos procesos de cambio de sexo es que el demandante únicamente quiere adquirir el reconocimiento por parte de la sociedad de su nuevo sexo, mas no, que se le otorgue un nuevo catálogo de derechos y deberes o que se suprima los ya existentes, estando en la actualidad que los cambios de sexos se realizan en su totalidad otorgando una nueva identidad con un potencial abanico de derecho que anteriormente no gozaba, dicha situación es la que incurre en un ejercicio abusivo del derecho ya que se pretende modificar toda la realidad jurídica de una persona, sin siquiera considerar las futuras repercusiones en temas penales, civiles, jubilatorios o penitenciarios. Esto es en razón a que a diferencia del nombre que no tiene relevancia jurídica en nuestro sistema jurídico más allá del identificador, el sexo si es relevante para la actuación y desarrollo de diversas instituciones jurídicas en nuestro sistema jurídico.

De esta manera, queda **SUSTENTADO**, en méritos a las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, que el cambio de sexo únicamente pretende un reconocimiento público de la nueva identidad, mas no una la adquisición de nuevos derechos y deberes. Así, se **CONFIRMA**; en consecuencia, la hipótesis planteada.

4.4.2. HIPÓTESIS 02:

“Los criterios jurisdiccionales actuales para decidir el cambio de sexo son insuficientes, al no contemplar todo el panorama que abarca el derecho, debido a que no es una decisión declarativa ni constitutiva de derechos sino de reconocimiento.”

A lo largo de la presente investigación se ha observado que no existe una legislación específica sobre el cambio de sexo, asimismo la única doctrina vinculante existente por el Tribunal Constitucional Peruano (EXP. 139-2013-PA/TC) fue dejada sin efecto por la sentencia del EXP N° 6040-2015-PA/TC, misma que si bien aclara ciertos puntos esto lo realiza en su apartado considerativo, mas no en el resolutivo, quedando el tema completamente sin regulación alguna, dejándolo a plena libertad de los juzgadores, sin embargo los criterios actuales para otorgar el cambio de sexo son totalmente dispares, por así decirlo no existe ningún requisito, siendo así el demandante quien debe de reunir todos los medios probatorios que considere pertinente para la dación del cambio de sexo, ello incurre en agravia del principio rector del derecho esto es el de predictibilidad, toda vez que no es posible determinar que es aplicable en cada caso, asimismo pese a que consideran el concepto de identidad de género al momento de dar sus sentencias, no es analizado a profundidad, a fin de que se descubra que lo que pretende el demandante no es en realidad un cambio de sexo sino un cambio de género, al ser esta la exteriorización de la personalidad de la persona. Hecho totalmente distinto en las legislaciones de Suecia y Alemania, donde se tiene claro los requisitos para obtener un cambio de sexo, así como las limitaciones del mismo, con la finalidad de que el único responsable ante una eventualidad sea el propio demandante, situación

totalmente ajena en nuestra legislación donde quien carga con toda la responsabilidad en un proceso cada vez más cotidiano, pero para nada regulado es el propio juzgador. Asimismo, se tiene que en los procesos actuales de cambio de sexo no se adquiere ninguna garantía ante una eventual retracción de dicho proceso, mismo que puede resultar en una grave afectación de la seguridad jurídica que debe contener todo documento público, entre ellos el DNI, que conforme se ha venido señalando en los procesos de cambio de sexo no se adquieren ni pierden derechos, toda vez que la finalidad del mismo es únicamente obtener el reconocimiento de la nueva identidad del demandante por parte de la sociedad, sin embargo, ello no evita la potencialidad de posibles repercusiones en nuestro sistema jurídico por ello que el procedimiento a seguir sería un cambio de género para alcanzar una armonía entre el derecho y la realidad.

Así, en atención a lo expuesto, queda **SUSTENTADO** entonces que los criterios jurisprudenciales son insuficientes, toda vez que son totalmente dispares entre los distintos juzgadores. En consecuencia, se **CONFIRMA** la hipótesis esbozada

4.5. HIPÓTESIS GENERAL:

“El cambio de sexo, afecta de forma directa a la sociedad, puesto que los derechos de fe pública, de información y seguridad jurídica, dependen de la autenticidad de la información contenida en el DNI, la cual emana del Estado”.

Los derechos en una acepción amplia es toda aquella circunstancia que puede ser exigida y reclamada por una persona ante terceros o el propio Estado, teniéndose en consideración que el Estado en si es un conjunto de voluntades de todos los ciudadanos, si las propias atribuciones que debe garantizar el estado como son una fidedigna información, garante de fe pública y una debida seguridad jurídica no son cubiertas correctamente por el Estado, es coherente asumir que es responsabilidad de la sociedad reclamar el adecuado cumplimiento de dichas funciones del Estado, lo que a su vez se traduce en un derecho exigido por la sociedad en contraparte a la obligación pendiente de cumplir por parte del Estado.

La importancia y vitalidad del Documento Nacional de Identidad es de importante relevancia para nuestro sistema jurídico, ya que este no es únicamente un documento contenedor de datos identificatorios, sino que por el contrario es el nexo que tienen todos los ciudadanos con el Estado y este con los demás, por tanto de existir una disparidad en la información contenida en el DNI y la observada en la realidad, esta generaría un perjuicio en la calidad de fe pública que debe de gozar el documento, el cual debe de ser un fiel reflejo de la realidad tanto jurídica como material no solo una de ellas, toda vez como que como se ha venido desarrollando el cambio de sexo en la actualidad es considerado en su vertiente más positiva e inmediata, sin embargo ante la inexistencia una legislación suficiente, lo que se está realizando en diversos escenarios, es que se modifique los datos del DNI, con criterio totalmente dispares y a total libertad del demandado, donde inclusive se llega a retractar del cambio de sexo conseguido, para poder retornar a

su identidad anterior esto es apreciable en lo resuelto en el EXP. 25370-2013-0-1801-JR-CI-06 mismo que ya ha sido analizado en el desarrollo de este trabajo. De modo que dichas retractaciones podrían generar incertidumbre en la sociedad al ser posible llegar a un punto donde no se sabe a ciencia cierta con quien se está pactando, donde dicha responsabilidad en ultima ratio recaería en el propio Estado afectando a la sociedad será de manera eventual cuando la confianza en la veracidad de la información contenida en el DNI decaiga, lo mismo que equivaldría a señalar que la fe pública contenida por el Estado se pondría en duda, repercutiendo en el resto de documentos que provengan del Estado.

De esta manera, ha quedado **SUSTENTADO** que, en base a la corriente jurisprudencial y doctrinaria actual los derechos de seguridad jurídica, fe pública e información contenidos en el DNI se ven afectados por el cambio de sexo. Por tanto, se CONFIRMA la hipótesis principal citada.

CAPÍTULO V
MARCO CONCLUSIVO

CONCLUSIONES

PRIMERA: El cambio de sexo le permite a la persona poder garantizar con plenitud su identidad, esto es que exista similitud en su verdad física con la documental, sin que ello implique que se adquieran los derechos y deberes de su sexo actual, debido a que de adquirirlos resultaría en un abuso del derecho al no existir una correcta reciprocidad entre los deberes cumplidos y derechos pasibles de ser exigidos, en aras de poder garantizar el principio aristotélico de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

SEGUNDA: No son suficientes los criterios jurisdiccionales actuales para determinar el cambio de sexo, toda vez que contempla dicho espectro como un problema de derecho y no lo considera como un problema de hechos, donde la realidad del proceso es lograr reconocimiento mas no obtención de derechos y/o deberes implícitos. Ello en merito a que lo que se busca alcanzar es un reconocimiento de la nueva identidad mas no la generación de nuevas obligaciones. No obstante, bajo nuestra legislación actual es recomendable que el juzgador indique la imposibilidad del cambio de sexo y que por el contrario refiera que lo modificable es el género, ello en aras de afectar las diferentes áreas del derecho donde tiene relevancia el sexo de la persona, tales como el ámbito civil, penal y pensionario.

TERCERA: El cambio de sexo sin una legislación o jurisprudencia vinculante que lo respalde, solo genera una afectación a la fe pública, fidedigna información y seguridad jurídica contenida en el DNI, mismo que a su vez repercute en los diversos actos jurídicos que se celebran en el territorio nacional teniendo como elemento acreditador de la identidad al DNI. Dichos actos jurídicos se ven materializados en aquellos ámbitos donde el dato “sexo” es determinante para su subsunción, tal es el caso en las ramas del derecho civil, penal y pensionario.

SUGERENCIAS

PRIMERA: Que la expresión “cambio de sexo” sea reformulado a “cambio de género”, ello con la finalidad de poder garantizar que efectivamente se mantenga una armonía de términos en las diversas ramas del saber humano, siendo estos académicos, legales, médicos, entre otros.

SEGUNDA: Ante la realización de una futura norma que regule el cambio de sexo o género, es necesario garantizar que esta es de carácter irreversible, con la finalidad de que no se modifique múltiples veces la identidad de las personas y poder mantener la seguridad jurídica en los diversos actos jurídicos que se realicen con dichas personas.

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO¹⁰²

Artículo 1. Objeto

La presente Ley tiene por objeto regular los principios, medidas y procedimientos destinados a garantizar los siguientes derechos de todas las personas:

1. Al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada.
2. Al libre desarrollo de su personalidad acorde a la identidad o expresión de género libremente manifestada sin sufrir presiones o discriminación por ello.
3. A ser tratado de conformidad a su identidad de género en los ámbitos públicos y privados y en particular a ser identificado y acceder a documentación acorde con dicha identidad.
4. A que se respete su integridad física y psíquica, así como sus opciones en relación a sus características sexuales y su vivencia de la identidad o expresión de género.
5. Garantizar el derecho de las personas transexuales a recibir de la Administración Pública una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas, sociales, laborales, culturales y del resto de derechos fundamentales que puedan ser reconocidos, en igualdad de trato con el resto de la ciudadanía.

¹⁰² La presente propuesta legislativa no es enteramente de autoría propia se utilizó el Proyecto de Ley N° 790/2016-CR citado a lo largo de este trabajo, sin embargo, se realizó las modificaciones pertinentes conforme a lo expuesto en el presente trabajo académico.

6. 6. A proteger el ejercicio efectivo de su libertad y sin discriminación en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, especialmente, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inc. 2 art. 2 de nuestra Constitución Política.

Asimismo, la presente ley se enmarca en el campo del Derecho Civil, debiéndose interpretar sistemáticamente conforme a lo señalado en el Libro I – Derechos de las Personas del citado texto sustantivo.

Artículo 2. Reconocimiento al derecho a la identidad de género

Toda persona es igual en dignidad y derechos, con pleno reconocimiento de su identidad de género. Nadie debe ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicios por motivo de su identidad de género. Toda persona tiene derecho a:

1. Reconocimiento legal de su identidad de género.
2. Respeto de la identidad auto percibida y las expresiones de género.
3. Libre desarrollo de la personalidad conforme a la identidad de género.
4. La protección y reconocimiento de su identidad de género.
5. A un trato digno y por ende respetuoso de su identidad de género en todas las etapas de su vida.
6. Disfrute del más alto nivel de salud integral posible, sin que pueda existir discriminación o segregación por motivos de identidad de género.

Artículo 3. Definición

Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Artículo 4. Cláusula de no discriminación

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales con razón de la identidad y expresión de género.

Puede ser directa o indirecta. Esta última se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutra es susceptible de implicar una desventaja particular o coloca en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítima.

La igualdad sin discriminación por identidad y expresión de género está proscrita y debe entenderse incluida en todas las causales de igualdad y prohibición de discriminación del ordenamiento jurídico nacional.

No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce

o ejercicio de uno o más derechos, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

Artículo 5. Cambio de género

Toda persona por única vez luego de haber cumplido 18 años y en plena capacidad de ejercicio, puede solicitar ante el juzgador civil en un proceso de conocimiento el cambio de género, pudiendo ser este de femenino a masculino o masculino a femenino. De realizarse el cambio de género se expedirá nuevo DNI, en el cual se sustituirá el ítem de sexo por el de género, asimismo la fotografía del nuevo DNI debe de ser idéntica a la apariencia del demandante, esto es sin el uso excesivo de maquillaje y demás que impidan apreciar los rasgos faciales de la persona. De otorgarse el cambio de género deberá hacerse la anotación marginal respectiva en la partida de nacimiento el demandante. Es acumulable la pretensión de cambio de nombre.

Una vez admitida la demanda esta debe de ser notificada al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones del artículo 1 de su Ley Orgánica.

Artículo 6. Requisitos del cambio de género

Toda persona que solicite el cambio de género en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

1. Ser peruano de nacimiento mayor de 18 años en plena capacidad de ejercicio.
2. Llevar tres (03) años de transexualidad irresistible.

3. Acreditar mediante examen psicológico y medico la voluntad de querer cambiar de género de manera permanente.

Artículo 7. Efectos

Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila en virtud de la presente ley son:

- a) Oponibles a terceros a partir de su inscripción en el/los registro/s. En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.
- b) La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos adquiridos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral de nombre propio, dato de sexo e imagen, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.
- c) Las entidades educativas, sanitarias, laborales, financieras y de cualquier otro orden, públicas o privadas, deberán hacer lugar a la solicitud de ser denominado e identificado con el pronombre escogido, a simple requerimiento del interesado y sin mediar formalidad alguna. Los niños, niñas y adolescentes son especiales destinatarios de esta norma, en sus espacios educativos, recreativos y sanitarios.
- d) Los contratos, convenios u otros instrumentos legales suscritos con particulares, con anterioridad al cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, no alterará la titularidad de los derechos y

obligaciones, pudiendo ser exigibles en la vía administrativa y/o judicial.

- e) Cualquier derecho u obligación contractual, personal, patrimonial, familiar, sucesorio o sobre bienes o cualquier privilegio o derecho de un acreedor hipotecario o garantía patrimonial adquirido antes del cambio de identidad de la persona, se mantiene vigente y válido entre las partes.

Artículo 8. Confidencialidad y respeto de la privacidad

Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos.

Artículo 9. Cambio de sexo

Solo la persona intersexual medicamente comprobado pueden acceder al cambio de sexo, dicho cambio es por única vez, debiéndose tener en consideración los cromosomas y aparato reproductor del solicitante. Este procedimiento se realiza mediante un proceso no contencioso por la vía civil.

Artículo 10. Políticas públicas

Se deberán diseñar, implementar y evaluar sistemáticamente una política proactiva en relación a la mejor integración social de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, considerando de manera particular medidas de concientización y sensibilización para evitar la

discriminación y medidas positivas de acceso a la salud, participación política y trabajo digno.

Artículo 11. Protección de la Identidad de Género

Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, suprimir o excluir el ejercicio del derecho a la identidad de género, debiendo aplicarse e interpretarse las normas a favor de esta.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA. A efectos de implementar la presente Ley, todas las instituciones públicas y privadas donde se consignen datos de identidad deberán adecuar sus normas y procedimientos internos en el plazo de un (01) año, computable a partir de la promulgación de la presente Ley para su adecuación a la misma.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES

En nuestra realidad jurídica y social es cada vez más visible observar personas que no se sienten conformes con la identidad adquirida al nacer, motivo por el que genera sentimientos de inferioridad e incompreensión por parte de la sociedad. Siendo imperioso por parte del Estado darle una solución a dicho conflicto.

La identidad de una persona no se ve delimitada a un único concepto o elemento, sino por el contrario es la interacción de diversos elementos internos y externos que dan origen a la identidad e imagen de cada persona,

sin embargo, en este apartado existen elementos estáticos y otros dinámicos, donde los elementos estáticos se deben a que sin importar el nivel actual de la ciencia estos son inmodificables, tales como el sexo, forma de las huellas digitales, etc. Mientras que la vertiente dinámica es posible de ser modificada conforme vaya desarrollando la persona, por lo general se refiere a la autopercepción o caracteres externos, es decir netamente corpóreos.

En la actualidad se manejan dos conceptos similares, pero totalmente diferentes, estos son el “sexo” y “género”, donde el primero es de carácter estático e inamovible, adquiriéndose con el nacimiento, mientras que el género es parte de una percepción más dinámica parte de una construcción social, que se va formando conforme se desarrolla la persona y se va auto individualizando más en la sociedad.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

En la última década se ha producido un importante reconocimiento internacional por abordar, reconocer y regular la identidad de género dentro de la perspectiva de derechos humanos, anclada en los compromisos internacionales asumidos por los Estados al suscribir los tratados.

Desde el ámbito de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano sabemos que existen instrumentos que cuentan con un alto grado de vinculación pues detentan rango constitucional. Dichos instrumentos internacionales sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y, en esta medida, contribuyen

en la determinación del contenido del parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.

Así también, existen otras declaraciones y pronunciamientos provenientes de los órganos del sistema de protección universal de derechos humanos y el sistema regional americano de protección de derechos humanos quienes, a la luz de los instrumentos ratificados por el Estado Peruano, evalúan el cumplimiento de las disposiciones de cada tratado.

Sin embargos son múltiples las legislaciones y estudios respecto a la clara diferenciación entre género y sexo, donde si bien comparten similitudes estas son totalmente distintas entre sí ya que una es inherente a la persona, mientras que la otra es adaptable a la persona.

Asimismo, en la actualidad el transexualismo dejó de ser considerada una patología por parte de la Organización Mundial de la Salud, ello en mérito a su última versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). No obstante, aun cuando se pueda modificar el género de una persona para todos los actos jurídicos donde sea necesaria la consideración del sexo, será de preferente aplicación el sexo asignado en el nacimiento.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley propone un procedimiento específico y normas que desarrollan el principio-derecho de igualdad sin discriminación por razón de la identidad de género. Apunta a lo señalado por el Tribunal Constitucional en reciente sentencia sobre la necesidad de que se adopten los procedimientos

especiales para los pedidos en atención a la garantía de este derecho.

IV. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El presente proyecto no genera ningún gasto al erario nacional ni costo negativo. Por el contrario, prevé el reconocimiento de un derecho constitucional que no estaba regulado y concretiza el mandato constitucional emanado de los tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen al derecho a la identidad como parte del principio/derecho a la dignidad.

Con la regulación propuesta se permite el libre desarrollo de la personalidad de las personas trans y se mejoran las condiciones para que puedan aportar al desarrollo nacional con el ejercicio pleno de su ciudadanía en todos los ámbitos.

BIBLIOGRAFIA

ADAME LOPEZ, Ángel Gilberto (2015) *“Homenaje al Doctor Bernardo Perez Fernandez del Castillo”*. Editorial Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho –UNAM. Primera Edición. Mexico.

ALVAZZI DEL FRATE, Paolo (2016) *Garantismo y Proceso Justo*, Editorial Huella Siete S.A.C. Primera edición. Cusco-Perú.

AROCENA, Gustavo A. () *“Derecho penitenciario discusiones actuales – El control Judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad – sobre la necesidad de control y de una magistratura especializada”*. Primera Edición. Editorial Alveroni Ediciones. Córdoba-Argentina. P. 72

ARRUBIA, Eduardo y BROCCA, Mariana (2017). *La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional*. [En línea]. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/46891/49109>.

BARBERIS, Mauro (2019) *“Estado Constitucional”* Editorial Zela. Primera Edición. Puno-Perú

BBC NEWS MUNDO (2018) *“Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”*. [En línea] Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45470052>.

CESANO, José Daniel (2007) *“Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos”* Editorial Alvaro Ediciones. Primera Edición. Córdoba-Argentina.

CLARÍN. *Tiene 59 años y es contador. Cambiade género para poder jubilarse a los 60 años*. [En línea] Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/cambio-genero-poder-jubilarse-60-anos_0_HJkmjzg5G.html.

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (2018) *“Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos N° 19 – Derechos de las personas LGTBI”*. [En línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DEREHCOS HUMANOS (2012) *“Remisión del estudio Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos término y estándares relevantes”* [En línea]. Recuperado de: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>

CUENTAS ORMACHEA, Enrique. *“El abuso del derecho”*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085322.pdf>.

DELGADO MENENDEZ, Maria del Carmen (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Tesis para el grado de Magister [en línea]

EGAS, Johanna (2017). *Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo “sexo” por el de “género” en la cedula de identidad en el ecuador*. [En línea], disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion005/law_review_005_004.pdf.

EL PAÍS (2018) *“¿Un argentino cambió de género para jubilarse cinco años antes?”*. [En línea] Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/03/22/solo_en_argentina/1521724377_896247.html.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1999) *Abuso del Derecho*. Editorial Jurídica GRIJLEY. Segunda edición. Lima, Perú

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015) *“Derecho a la Identidad Personal”*. Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Perú.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2018) *“Abuso del Derecho - Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano”* Editorial Motivensa SRL. Lima-Perú. Tercera Edición.

GUASTINI, Riccardo (2016) *“¿Qué es la teoría del derecho?”* Editorial Huella Siete Sociedad Anónima Cerrada. Cusco-Perú. Primera Edición,

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2009) *“El razonamiento en las resoluciones judiciales”* Editorial Palestra Editores S.A.C. Primera Edición. Lima-Perú

INSTITUO INTERMAERICANO DE DERECHOS HUMANOS *“Derecho a la Información”*. [En línea] Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/derecho-informacion/>.

JIMENEZ GARCÍA, Hilda (2017) *“El derecho a la identidad como base para el ejercicio de los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes en situación de calle en la Ciudad de México”*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4632/9.pdf>.

JOE LAIDLER, Karen *“Why Gender Matters”*. Hong Kong University [En línea] Disponible en: courses.edx.org/courses/course-v1:HKUx+Genderx+1T2019/courseware/c557f567ee70431bac9dda114a368d37/4e1f05574eb34ad491b6b922163f2ab5/?child=first.

LEGIS.PE “Sin filosofía, no hubiera hecho nada. Entrevista al maestro Carlos Fernández Sessarego”. Disponible en: <https://legis.pe/sin-filosofia-no-hubiera-hecho-nada-entrevista-carlos-fernandez-sessarego/>.

MAC DONALD, Paula Viturro (2013). “La revolución de lxs “nada”: una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”. [En línea]. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27032/28632>.

MARSAL, Carmen (2011) *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*. [En línea] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a07.pdf>.

Organización Mundial de la Salud. *CIE-11 Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión*. [En línea], disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entit y/90875286>.

P. SAGUES, Néstor *Jurisdicción Constitucional y Seguridad Jurídica*. [En línea] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3303/3145/0>.

RADIO UNO (2019) “Loco del martillo asesina a dos personas en el penal de Tacna”. [En línea] Disponible en: <http://www.radiouno.pe/noticias/80810/loco-martillo-asesina-dos-personas-penal-tacna>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en: <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=J49A DOI>.

RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio (2011) *Derechos humanos y deberes*. México. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2011000200006.

Sobre los principios de Yogyakarta [En línea] Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>. Consultado el 08 de septiembre del 2019

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2017) “*Masterpiece cakeshop LTD ET AL v. Colorado Civil Rights Commission ET AL*”. [En línea]. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf.

TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2019) *Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho*. Editorial Pacífico Editores. Sexto Edición. Perú

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N°00010-2014-PI/TC. [En línea]
Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00010-2014-AI.pdf>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (2017). [En línea].
Bolivia-Sucre Disponible en:
[https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(qi0hylojxq3uo2knnpxc4ihv\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(qi0hylojxq3uo2knnpxc4ihv))/WfrExpedientes.aspx).

WIKIPEDIA “*Información*”. [En línea] Disponible en:
<https://es.wikipedia.org/wiki/Informaci%C3%B3n>.

ZAVALA EGAS, Jorge (2004). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Revista del Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco Quito. Año IV, N° 08. P.14 [En línea] Disponible en:
https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf.